

# De Jure

Revista Jurídica

[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)

Adilene Gonçalves Quaresma  
Débora Alves Elias  
George Augusto Mendes e Silva  
João Gaspar Rodrigues  
Laís Mendes Oliveira  
Luciana de Oliveira Bottosso  
Marcel Fortes Portela  
Samuel Alvarenga Gonçalves  
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa

# 28

**Mala Direta  
Postal**

9912297003/2012-DR/MG  
PGJ

///CORREIOS///

ISSN n.º: 1809-8487

v. 16, n. 28

jan./jun. 2017

**MPMG**  
Ministério Público  
do Estado de Minas Gerais

# De Jure

Revista Jurídica

[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)

# 28

Adilene Gonçalves Quaresma  
Débora Alves Elias  
George Augusto Mendes e Silva  
João Gaspar Rodrigues  
Lais Mendes Oliveira  
Luciana de Oliveira Bottosso  
Marcel Fortes Portela  
Samuel Alvarenga Gonçalves  
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa

ISSN n.º: 1809-8487

v. 16, n. 28

jan./jun. 2017

**MPMG**  
Ministério Público  
do Estado de Minas Gerais



**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL  
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Endereço/Address:  
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar  
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG  
CEP: 30170-916, Brasil  
[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)  
[dejure@mpmg.mp.br](mailto:dejure@mpmg.mp.br)  
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.  
v. 16, n. 28, jan./jun. 2017. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
/ Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2017.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.  
O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34  
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo,  
Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade,  
Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights,  
Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA  
WE ASK FOR EXCHANGE  
ON DEMANDE L'ÉCHANGE  
MANN BITTET UM AUSTAUSCH  
SI RIQUIERE LO SCAMBIO  
PIDEJE CANJE

Errata: Nas edições 25, 26 e 27 inclui-se na equipe editorial, como tradutora,  
Alessandra de Souza Santos.

## **Linha Teórica**

A *De Jure* foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

## **Theoretical Profile**

*De Jure* was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinar and multidisciplinar, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

# DE JURE

(ISSN 1809-8487)

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

## FOCO

*A De Jure* tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

## MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

## OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

## PÚBLICO ALVO

*A De Jure* está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

## COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

*A De Jure* requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da revista, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

## INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *A De Jure* recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

# DE JURE

(ISSN 1809-8487)

*De Jure* is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

## FOCUS

*De Jure* focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

## MISSION

The mission of *De Jure* is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

## OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

## TARGET AUDIENCE

*De Jure* is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

## COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

*De Jure* requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of the journal, for non-profit scientific and cultural purposes.

## INDEXATION AND DISTRIBUTION

The journal can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *De Jure* was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. The journal is distributed by means of exchange or donation only.

# DE JURE

## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

### PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador de Justiça Antônio Sérgio Tonet

### DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Procurador de Justiça Nedens Ulisses Freire Vieira

### COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Procurador de Justiça Antônio de Padova Marchi Júnior

### SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

### DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL

João Paulo de Carvalho Gavidia

### EDITOR RESPONSÁVEL

Procurador de Justiça Nedens Ulisses Freire Vieira

### CONSELHO EDITORIAL

Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Marcelo de Oliveira Milagres, Doutor  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)

Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)

Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)

Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)

Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)

Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)

Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)

Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)

Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)

Profa. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)

Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)

Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)

Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)  
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Brasil)  
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)  
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Prof. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Rosemíro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

#### **EDITORACÃO**

Helena Carvalho Moysés  
João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **REVISÃO**

Josane Fátima Barbosa  
Larissa Vasconcelos Avelar  
Luiz Carlos Freitas Pereira  
Renato Felipe de Oliveira Romano

#### **CAPA**

Rafael de Almeida Borges

#### **PROJETO GRÁFICO**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **DIAGRAMAÇÃO**

Rafael de Almeida Borges

#### **TRADUÇÃO**

Alessandra de Souza Santos

#### **COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC**

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (Universidade Federal de Pernambuco, Brasil)  
Doutorando Bruno de Oliveira Moura (Universidade de Coimbra, Portugal)  
Prof. Dr. Isael José Santana (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Brasil)  
Prof. Me. Lucas Rogério Sella Fátala (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Universidade Federal de Uberlândia, Brasil)



# DE JURE

## PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

### ATTORNEY-GENERAL

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio Sérgio Tonet

### DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Nedens Ulisses Freire Vieira

### PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio de Padova Marchi Júnior

### SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

### DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

### CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Nedens Ulisses Freitas Vieira

### EDITORIAL BOARD

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Marcelo de Oliveira Milagres, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)  
Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)  
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico)  
Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)  
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)  
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)  
Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)  
Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)  
Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)  
Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)  
Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itáúna, Brazil)  
Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)  
São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)  
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Demerval Farias Gomes Filho, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)  
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)  
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)  
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)  
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)  
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)  
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)  
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

#### **EDITING**

Helena Carvalho Moysés  
João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **PROOF READING**

Josane Fátima Barbosa  
Larissa Vasconcelos Avelar  
Luiz Carlos Freitas Pereira  
Renato Felipe de Oliveira Romano

#### **COVER**

Rafael de Almeida Borges

#### **GRAPHIC PROJECT**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **LAYOUT**

Rafael de Almeida Borges

#### **TRANSLATION**

Alessandra de Souza Santos

#### **COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE**

Prof. Artur Stamford da Silva, PhD (Universidade Federal de Pernambuco, Brazil)  
Bruno de Oliveira Moura, MA (Universidade de Coimbra, Portugal)  
Prof. Isael José Santana, PhD (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Brazil)  
Prof. Lucas Rogério Sella Fatala, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Marco Aurélio Nogueira, PhD (Universidade Federal de Uberlândia, Brazil)

# PREFÁCIO

Com imensa alegria apresentamos aos leitores a 28ª edição da De Jure, periódico semestral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Por meio da publicação de artigos doutrinários, seguimos perseverantes no propósito de levar à comunidade jurídica assuntos relevantes e atuais, sob seus diversos pontos de vista, embasados na doutrina e na jurisprudência pátria e internacional.

No espaço reservado à seção de Diálogo Multidisciplinar, a revista apresenta o brilhante artigo intitulado “O desafio da formação e inclusão no mercado de trabalho de pessoas com deficiência intelectual leve (PCDIL), escrito em coautoria por Débora Alves Elias, coordenadora do Centro de Referência da Assistência Social de Brumadinho/MG, e pela professora doutora Adilene Gonçalves Quaresma. O trabalho evidencia entendimentos médicos e científicos sobre PCDIL, o amparo legal brasileiro quanto às políticas públicas destinadas a esse segmento e a interrelação educação e trabalho.

A revista traz também o excelente artigo do advogado Marcel Fortes Portela, no qual aborda e apresenta alternativas à questão da dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de “racha”, introduzida pela Lei n. 12.971/2014.

Ainda, a revista conta com outros artigos, das variadas áreas do Direito e de outras áreas afins.

Deixamos aqui o convite aos autores interessados em ter seus artigos publicados na De Jure, que façam seu cadastro no portal da revista, no link <[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)>, e submetam seus textos à avaliação do Conselho Editorial. O sucesso da revista deve-se, primordialmente, à colaboração de todos que nos enviam seus trabalhos.

Boa leitura!

**Nedens Ulisses Freire Vieira**

Procurador de Justiça  
Diretor do Centro de Estudos  
e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério  
Público do Estado de Minas Gerais

# APRESENTAÇÃO

**C**aros leitores, chegamos à 28ª edição da De Jure! Primando cada vez mais pela excelência, continuamos a nos esforçar a fim de aprimorar a revista como material de referência e consulta, que seja útil aos operadores do Direito e aos de outras áreas correlatas, e que os auxilie em suas atividades, profissional e acadêmica. Com tal aprimoramento, a revista busca também expandir seu alcance e, por consequência, elevar sua qualificação no estrato Qualis da Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), sistema utilizado para classificar e qualificar a produção intelectual no País.

Ressaltamos que os artigos publicados na De Jure são inéditos e passam pela avaliação cega do Conselho Editorial, quando são analisadas questões formais, técnicas e acerca da relevância do material a ser editado. Assim, os trabalhos somente são selecionados para comporem a revista após serem considera-

dos aptos pelo corpo editorial. Essa medida, dentre outras, assegura a imparcialidade da avaliação e a manutenção da qualidade técnica dos artigos, além de estar em conformidade com os parâmetros editoriais exigidos pelas mais renomadas revistas acadêmicas do País.

Por fim, deixamos o convite para que continuem enviando seus artigos à revista. Essa participação é o que reforça a posição do periódico como legítimo espaço de divulgação de ideias e de discussão acadêmica.

Boa leitura!

**Antônio Sérgio Tonet**  
Procurador-Geral de Justiça  
Ministério Público  
do Estado de Minas Gerais

# COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

## **ADILENE GONÇALVES QUARESMA**

Professora Orientadora do Mestrado Profissional Interdisciplinar em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Local da UNA, no qual orienta pesquisas de caráter interdisciplinar e desenvolve pesquisa sobre os aspectos pedagógicos da formação no mestrado profissional e nos cursos de Pedagogia do Centro Universitário Una. Doutora em Educação (2011) pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Tecnologia com área de concentração em Educação Tecnológica (2004) pelo Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (CEFET-MG). Especialista em Gestão Teórico-Prática (1999) pelo Centro Universitário Newton Paiva e graduada em Pedagogia (1994) pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

## **DÉBORA ALVES ELIAS**

Coordenadora do Centro de Referência da Assistência Social (CRAS) do município de Brumadinho/MG. Foi professora universitária de graduação (Faculdade ASA de Brumadinho) em 2013. Professora de pós-graduação (UNA-UNIBH) no período 2012-2013. Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Local pela UNA em 2012. Especialista em Análise institucional, Esquizoanálise e Esquizodrama: Clínica de Indivíduos, Grupos Organizações e Redes Sociais pela Fundação Gregório Barenblitt em 2013. Graduada em Psicologia pela PUC Minas em 2007. Trabalhou na PUC Minas com projetos de extensão universitária e foi instrutora de cursos de capacitação profissional para pessoas com deficiência intelectual no período 2008-2010. Possui vasta experiência na área social como coordenadora de equipes do Projeto Rondon Minas, elaboração e implementação de projetos de extensão universitária no período 2006-2009.

---

### **GEORGE AUGUSTO MENDES E SILVA**

Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

### **JOÃO GASPAR RODRIGUES**

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Autor dos livros: O Ministério Público e um novo modelo de Estado, Manaus: Valer, 1999; Tóxicos..., Campinas: Bookseller, 2001; O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007; Segurança pública e comunidade: alternativas à crise, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009; Ministério Público Resolutivo, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

### **LAÍS MENDES OLIVEIRA**

Graduada em Direito. Pós-graduada em Direito do Estado. Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com atuação nas Auditorias Militares. Docente na Academia da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

### **LUCIANA DE OLIVEIRA BOTTOSSO**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

### **MARCEL FORTES PORTELA**

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Penal e Controle Social pelo Centro Universitário de Brasília.

### **SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES**

Promotor de Justiça, titular em 2ª entrância, do Ministério Público do Estado de Rondônia, atuando em curadoria especializada na defesa da Infância e Juventude, Educação, Consumidor, Direitos Humanos, Portadores de Necessidades Especiais, Idosos, Saúde e Fundações. Graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2003). Possui especialização em Processo pela Unisul (2008). Mestrando em Direitos Difusos pela PUC/SP.

### **VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA**

Advogado. Professor na PUC Paraná. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.









# SUMÁRIO

**25 - 54**  
Diálogo  
multidisciplinar

**O DESAFIO DA FORMAÇÃO E  
INCLUSÃO NO MERCADO DE  
TRABALHO DE PESSOAS COM  
DEFICIÊNCIA INTELECTUAL LEVE  
(PCDIL)**

THE CHALLENGE OF TRAINING AND LABOR MARKET  
INCLUSION OF PEOPLE WITH INTELLECTUAL  
DISABILITIES (PCDIL)

ADILENE GONÇALVES QUARESMA  
DÉBORA ALVES ELIAS

**59 - 116**  
Artigo

**LINEAMENTOS SOBRE A NOVA  
DINÂMICA RESOLUTIVA DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO**

LINEAMENTS ABOUT THE NEW RESOLVENT DYNAMIC OF  
THE PUBLIC MINISTRY

JOÃO GASPAR RODRIGUES

**121 - 172**  
Artigo

**MORTE CULPOSA NO TRÂNSITO E  
"RACHA": ALTERNATIVAS À DUPLA  
TIPIFICAÇÃO INTRODUZIDA PELA  
LEI Nº 12.971/2014**

INVOLUNTARY VEHICULAR MANSLAUGHTER IN  
UNAUTHORIZED DRAG RACES: HOW TO SOLVE THE  
DOUBLE CRIMINALIZATION INTRODUCED BY FEDERAL  
STATUTE Nº 12.971/2014

MARCEL FORTES PORTELA

**BREVES NOTAS SOBRE O  
QUE HART AINDA TEM A NOS  
OFERECER: O PENSAMENTO  
JURÍDICO HARTIANO ENTRE  
A CRÍTICA DA MORALIDADE E  
A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO  
POSITIVISMO**

BRIEF NOTES: WHAT DOES HART STILL HAVE TO OFFER?

THE HART'S LEGAL THINKING BETWEEN THE  
CRITIQUE OF MORALITY AND THE CONSTRUCTION OF  
A NEW POSITIVISM

GEORGE AUGUSTO MENDES E SILVA  
VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA

**177 - 194**

Artigo

**CRISE DA EFETIVIDADE DA  
TUTELA JURISDICIONAL  
COLETIVA**

CRISIS OF THE EFFECTIVENESS OF COLLECTIVE  
JURISDICTIONAL PROTECTION

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

**199 - 230**

Artigo

**TRIBUNAL DO JÚRI E O  
SUBJETIVISMO INQUISITIVO**

JURY AND THE INQUISITIVE SUBJECTIVISM

LAÍS MENDES OLIVEIRA

**235 - 254**

Artigo

**259 - 283**  
Artigo

**A CONSTITUCIONALIDADE DA  
MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
INOCÊNCIA PELO STF**

CONSTITUTIONALITY OF THE MITIGATION OF  
INOCENCE PRINCIPLE ACCORDING TO BRAZILIAN  
SUPREME FEDERAL COURT

LUCIANA DE OLIVEIRA BOTTOSSO





**25-54**

Diálogo Multidisciplinar | Artigo

**O DESAFIO DA FORMAÇÃO E  
INCLUSÃO NO MERCADO DE  
TRABALHO DE PESSOAS COM  
DEFICIÊNCIA INTELECTUAL LEVE  
(PCDIL)**

DÉBORA ALVES ELIAS  
ADILENE GONÇALVES QUARESMA





# O DESAFIO DA FORMAÇÃO E INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL LEVE (PCDIL)

THE CHALLENGE OF TRAINING AND LABOR MARKET INCLUSION  
OF PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES (PCDIL)

DÉBORA ALVES ELIAS

Coordenadora

Centro de Referência da Assistência Social de Brumadinho/MG, Brasil  
debora.alves.elias@gmail.com

ADILENE GONÇALVES QUARESMA

Professora

Centro Universitário UNA, Brasil  
adilenequaresma@gmail.com

**RESUMO:** O objetivo geral deste artigo é contribuir com os estudos sobre a relação trabalho-educação, com prioridade em sua dimensão pedagógica, caracterizada pela formação de Pessoas com Deficiência Intelectual Leve (PCDIL) para inserção no mercado de trabalho. A teoria de base da pesquisa buscou evidenciar entendimentos médicos e científicos sobre a PCDIL, o amparo legal brasileiro relacionado às políticas públicas destinadas a esse segmento e a interrelação educação e trabalho. Foi realizada uma pesquisa documental, com análise de documentos internos de Instituição de Ensino Superior (IES), relacionados às PCDIL matriculadas e formadas nos cursos propostos, e uma pesquisa de campo, em que foram entrevistadas onze PCDIL. Constatou-se que as PCDIL têm sido inseridas no trabalho, mas a inserção cumpre antes obrigações legais e não significa inclusão. Ao pensar em como é feita a inserção na escola ou no trabalho, chega-se à conclusão de que, se não houver mudanças de atitude em toda a sociedade, a inclusão pode funcionar de modo perverso e vir a ser mais uma palavra sem credibilidade social. Na gestão social, assim como na educação, não existem escolhas definitivas, na medida em que são processos contínuos. Portanto, ao mesmo tempo que a inclusão por meio da educação é um desafio, representa também uma possibilidade de mudança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoa com deficiência intelectual leve; educação; aprendizagem; trabalho.

**ABSTRACT:** The general objective of this text is to contribute to studies on the work-education relationship, prioritizing its pedagogical dimension, characterized by the People with Mild Intellectual Disability (PCDIL)'s formation for the inclusion in the labor market. The research basic theory sought to highlight medical and scientific understandings about PCDIL, the Brazilian legal supporter regarding public policies designed to that segment and the education and work interrelation. There was a documentary research in which one reviewed Higher Education Institution (IES) internal documents related to enrolled and trained PCDIL in the offered courses and a field research in which it was applied an interview close to eleven PCDIL. One had noted that PCDIL currently have been inserted into the work, but the insertion meets legal obligations and does not mean inclusion. When thinking about the operation of insertion in school or at work, one realizes that if no changes of attitudes across society occur the inclusion may

work in a perverse way and become an additional word without social credibility. There are no definitive choices in social management or in education as they mean continuous processes. Thus, as the inclusion through education is a challenge, it also represents a chance for change.

**KEY WORDS:** Person with intellectual disabilities; education; learning; work.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Materiais e métodos. 3. Pessoa com deficiência intelectual leve (PCDIL) e o amparo legal. 4. Diferença entre inserção e integração para inclusão efetiva no mercado de trabalho. 5. O desafio da gestão social. 6. Resultados e discussão. 6.1. PCDIL e sua formação educacional. 6.2. PCDIL e o mercado de trabalho. 7. Conclusão. 8. Referências.

## 1. Introdução

Este artigo objetiva analisar processos educacionais, modos de gestão das singularidades das Pessoas com Deficiência Intelectual Leve (PCDIL) e a inclusão delas no mercado de trabalho. Para elaborá-lo, foram feitas as seguintes perguntas: (1) Quais as características principais das PCDIL que interferem em seu processo de ensino e aprendizagem? (2) Qual o amparo legal existente? (3) O que se pode dizer sobre as metodologias pedagógicas citadas na literatura para preparar esse público especial para o trabalho? e (4) Qual é a realidade desses cidadãos carentes de reais oportunidades e de elevação de autoestima no ambiente de trabalho?

As respostas ao problema são diferentes e conflitantes na prática. Constata-se que, em virtude da lei de cotas, as pessoas com deficiência intelectual leve são inseridas no trabalho formal e nas escolas regulares, mas o conflito surge na distância do direito ativo e nas práticas ditas inclusivas. Defende-se que inclusão não é utopia, mas um desafio. O caminho se faz com o próprio caminhar, mas é um território desconhecido, sem mapas ou rotas únicas. Para construir passagens e enfrentar os desafios, é necessário refletir sobre vários saberes, ferramentas, pessoas e suas singularidades.

O problema educacional e laboral inicia-se pela própria definição do conceito de deficiência intelectual leve (DIL).

Há divergências e dificuldades para chegar a um consenso. Além de um diagnóstico complexo, que depende das variáveis do meio em que a pessoa vive, é necessária a integração entre diferentes áreas do saber, como medicina, psicologia, pedagogia, e outras.

Conforme Better Health (2011), de 2% a 3% da população mundial têm algum nível de deficiência intelectual. Apenas nos Estados Unidos da América, existem 16 milhões de pessoas nessa situação (BRAUN ABILITY, 2011). E, das 53,9 milhões de crianças e jovens entre 5 e 17 anos matriculados em 2010, aproximadamente 2,8 milhões foram diagnosticados como portadores de alguma deficiência intelectual (BRAULT, 2011). No Brasil, o censo de 2010 não identificou essa população de maneira adequada. Por isso, os dados remontam ao censo de 2000, em que 1,6% da população apresentava tal condição (taxa provavelmente subestimada, mas suficiente para ser considerada problema de saúde pública) (ENUNO; KERBAUY, 1994; MORAES et al., 2006). De acordo com dados do Ministério da Educação em 2007 (BRASIL, 2008), dos 700.824 alunos matriculados em modalidades de educação especial, 47% apresentavam deficiência intelectual.

## **2. Materiais e métodos**

A teoria de base da pesquisa buscou evidenciar três vertentes: entendimentos médicos e científicos sobre as PCDIL, o amparo legal brasileiro quanto às políticas públicas destinadas a esse segmento e a interrelação entre educação e trabalho, demonstrando a realidade vivenciada por essas pessoas no ambiente laboral e a necessidade de que empregadores e funcionários tenham maior conhecimento sobre o acolhimento delas. Houve pesquisa quantitativa, pois os dados sociodemográficos geraram percentuais e gráficos para caracterizar o tamanho e a importância dos focos desejados.

Optou-se também por pesquisa qualitativa, a qual, segundo Alves-Mazzotti e Gewandzsnajder (2004), parte do pressuposto de que as pessoas agem conforme suas crenças, percepções, sentimentos e valores, e seu comportamento tem sempre um sentido, um significado, o qual, não se fazendo conhecer de modo imediato, precisa ser desvelado. Entre os paradigmas trabalhados, optou-se pela teoria crítica, com o objetivo de investigar o que ocorre nos grupos e instituições, relacionando as ações humanas com a cultura e as estruturas sociais e políticas, tentando compreender como as redes de poder são produzidas, mediadas e transformadas. Esses processos sempre estão profundamente vinculados às desigualdades culturais, econômicas e políticas que dominam a sociedade.

Houve pesquisa documental, em que foram analisados documentos internos da Instituição de Ensino Superior (IES) relacionados às PCDIL matriculadas e formadas nos cursos qualificação profissional propostos.

Optou-se ainda por uma entrevista com uma parte estruturada e com outra semiestruturada. A entrevista estruturada constou de 14 perguntas sobre dados pessoais, 8 sobre escolaridade e 13 sobre dados socioeconômicos das PCDIL (parte quantitativa). A entrevista semiestruturada constou de 28 questões profissionais (parte qualitativa). As entrevistas tiveram o tempo médio de 1h45min, foram gravadas e posteriormente transcritas.

Na filtragem realizada no banco de dados da IES, foi obtida uma amostra de 205 pessoas com deficiência intelectual leve para responder às perguntas da entrevista, de acordo com os seguintes critérios unificadores: eram PCDIL, egressas dos cursos oferecidos, não estavam empregadas enquanto cursavam e tentaram ingressar no mercado de trabalho após

a conclusão do curso. Por causa de uma série de motivos im-  
peditivos (falecimento, mudança para outra cidade, desin-  
teresse familiar, etc.), foram entrevistadas apenas 11 PCDIL,  
entre fevereiro e março de 2011.

Para a análise de dados da pesquisa de campo, foram defi-  
nidas 8 subcategorias, que levaram a 8 categorias: “Dificul-  
dades gerais”, “Condições de saúde”, “Escolaridade”, “Difi-  
culdades na escola especial e/ou regular”, “O que queria ter  
aprendido na escola e não aprendeu”, “Relações Interperso-  
ais”, “Experiências Profissionais” e “Habilidades potenciais  
percebidas no trabalho”.

### **3. Pessoa com deficiência intelectual leve (PCDIL) e o amparo legal**

Segundo o Código Internacional de Doenças (CID-10, 2008),  
o diagnóstico da PCDI está descrito entre o F70 e o F79: re-  
tardo mental leve (F70), retardo mental moderado (F71), re-  
tardo mental grave (F72) e retardo mental profundo (F73),  
outro retardo mental (F78) e retardo mental não especificado  
(F79). Embora sejam referências para os diagnósticos médi-  
cos, as definições são pouco esclarecedoras para a maioria  
das pessoas que não pertencem à área da saúde.

O retardo mental leve (F70) é formalmente caracterizado  
pela CID-10 como “amplitude aproximada do QI entre 50  
e 69 (em adultos, idade mental de 9 e menos de 12 anos)”.  
O diagnóstico de pessoa com F70 inclui atraso mental leve,  
debilidade mental, fraqueza mental, oligofrenia leve e sub-  
normalidade mental leve. Há graus específicos que devem  
ser considerados em laudos médicos, a saber: *F70.0 – Retar-  
do mental leve* = menção de ausência ou de compromet-  
imento mínimo do comportamento; *F70.1 – Retardo mental  
leve* = comprometimento significativo do comportamento,

requerendo vigilância ou tratamento; *F70.8 – Retardo mental leve* = outros comprometimentos do comportamento; *F70.9 – Retardo mental leve* = sem menção de comprometimento do comportamento.

Segundo a classificação do DSM-IV (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2002), as pessoas com deficiência intelectual leve possuem um QI inferior a 70, mas é necessário avaliar seu funcionamento adaptativo para diagnosticar a deficiência.

Constata-se ainda nos dias de hoje um desconhecimento sobre a DI, sendo usados diferentes termos para se referir a seus portadores: inválido, louco, retardado, debiloide, débil, mongoloide, anormal, indivíduo com capacidade reduzida, limitado, burro, imbecil, entre outros. Segundo Cohen (1998), podem ser empregados ainda outros adjetivos, mas o importante é a relação desses termos com as imagens que projetam e qual o significado deles para as pessoas, que sempre formam ideias sobre as situações e sobre terceiros. As PCDI também possuem essas ideias, sentem esses julgamentos e, majoritariamente, têm baixa estima em relação às outras situações e pessoas.

Assim, surge um impasse, pois a PCDIL precisa ter o diagnóstico F70 (CID-10) para ser inserida no mercado de trabalho por meio das cotas, mas o diagnóstico pode tornar-se um rótulo prejudicial, especialmente por se tratar de deficiência intelectual, que se manifesta em cada indivíduo diferentemente, dependendo de como a pessoa foi estimulada, se recebeu educação, acompanhamentos especializados e apoio familiar, entre outras coisas.

No Brasil, as cotas de vagas para PCD foram definidas pela Lei nº 8.213/1991, a qual, no entanto, só passou a ter eficácia no

final de 1999, com a publicação do Decreto nº 3.298/1999, que determina que as empresas com mais de cem empregados contratem PCD segundo as seguintes cotas: de 100 a 200 empregados: 2%; de 201 a 500 empregados: 3%; de 501 a 1.000: 4%; e acima de 1.000 funcionários: 5%.

Entretanto, segundo Oliveira et al. (2009), é tímido o impacto da legislação, principalmente da política de cotas, na maior parte das empresas nacionais, sobretudo nas de grande porte, uma vez que a porcentagem de empregabilidade entre os indivíduos com algum tipo de deficiência é de apenas 2,05%. Os autores afirmam que a inclusão de todos gera um impacto nas políticas públicas e depende de mudanças estruturais nas relações de trabalho. No Brasil, onde o preconceito costuma ser velado, os objetivos das políticas públicas precisam ser mais claros e difundidos. De fato, algumas pessoas conseguem ter acesso aos direitos e outras não, mesmo tendo a mesma deficiência. EUA e Europa preveem e incentivam a autonomia em suas políticas, além de prover ajuda de custo para as empresas que incorporam deficientes em seus quadros de funcionários.

O Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, 2007) observa que às pessoas com deficiência também não foram dadas iguais oportunidades de acesso à escolarização. Entretanto, muitas vezes tiveram acesso ao conhecimento graças ao apoio da família ou da comunidade local, apesar de não possuírem a certificação. Por outro lado, não raro é pedido, de forma generalizada, um patamar de escolaridade incompatível com as exigências de fato necessárias ao exercício das funções. Assim, ao candidato deve ser dada a oportunidade de fazer um teste para revelar suas reais condições de realizar o trabalho (art. 36, alínea “c”, da Recomendação 168 da OIT, c/c item 4, Repertório de Recomendações Práticas da OIT: Gestão de questões relativas à deficiência no local de trabalho).



O modelo atual de organização do trabalho exige um perfil de trabalhador polivalente. Dependendo das limitações impostas pela deficiência, a pessoa com deficiência não consegue desenvolver todo o conjunto de funções de um mesmo cargo, mas pode realizar grande parte delas. A empresa, sempre que possível, deve verificar se as funções podem ser desmembradas, a fim de adequar o cargo às peculiaridades dos candidatos (art. 36, alínea “d”, Recomendação 168 da OIT).

Na realidade, o que a empresa deve buscar é a pessoa, não a deficiência. As pessoas com deficiências têm o direito de ser respeitadas, seja qual for a natureza e a severidade de sua deficiência (art. 7º, XXXI, da Constituição Federal, combinado com o art. 3º da Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência).

#### **4. Diferença entre inserção e integração para inclusão efetiva no mercado de trabalho**

A palavra “inclusão” é hoje empregada amplamente em diferentes contextos e com diferentes significados. Isso não ajuda a compreender as mudanças necessárias para promover a efetiva inclusão, existindo o risco de se tornar uma palavra vazia de significado social. Propor inclusão é mudar paradigmas. Incluir uma pessoa com deficiência intelectual leve é um desafio que vai além de somente lhe garantir a colocação/inserção no trabalho. Trata-se de mudança de posturas, conceitos e comportamentos sociais. Quando se fala em inclusão efetiva, não é somente inserir/integrar, pois a inclusão deve ser testemunho de emancipação e consequência do processo de autorregulação da aprendizagem profissional, em que o profissional assimila o novo conhecimento de acordo com suas possibilidades de incorporá-lo ao que já conhece.

A aprendizagem pode ser instrumento de capacitação profissional de PCD, pois é possível usar um contrato de trabalho especial para a habilitação profissional. A grande vantagem dessa modalidade é conjugar a formação teórica com a prática, a qual pode ocorrer até mesmo na empresa contratante (art. 23 do Decreto nº 5.598/2005, c/c art. 28, § 1º, Decreto nº 3.298/1999).

## **5. O desafio da gestão social**

No aspecto da gestão social, analisa-se o funcionamento dos programas e projetos de formação voltados para a “inclusão” no mercado de trabalho de PCDIL. A maioria dos programas de capacitação profissional para PCDI são incipientes, pois são desenvolvidos por ONGs, Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), Sociedades Pestalozzi e extensões universitárias, todas de caráter filantrópico. A maioria carece de aprimoramento e profissionais qualificados.

As “oficinas protegidas”, ainda que possam ter atendimentos especializados eficientes, são um exemplo de nomenclatura que reforça uma postura segregacionista, pois se preocupam com a proteção, sendo difícil gerar autonomia para a inclusão no mercado de trabalho competitivo. Normalmente, nessas oficinas, as PCDI fazem atividades laborais, mas não são remuneradas.

Essa realidade pode ser constatada pelo fato de que são encontradas PCD em áreas específicas, separadas dos demais trabalhadores. Ainda que a PCD possua boa formação, é contratada para cargos inferiores às suas habilidades e competências, ou somente como estagiárias por tempo de experiência ou de maneira terceirizada. Não se trata de culpar essas organizações. A situação atual é resultado de uma his-

tória de exclusão e de políticas segregadoras. Mas as empresas, de modo geral:

[...] não têm especialistas nas questões que dizem respeito à inclusão de PCD no trabalho, em razão da novidade ainda dessa questão no mundo empresarial. Assim, ao desenvolverem parcerias com essas entidades podem dispor de uma assessoria com acúmulo de vivência e estudos na temática das deficiências. Certamente dessas parcerias poderão surgir propostas criativas para enfrentar as dificuldades que irrompem no processo de inserção no trabalho (BRASIL, 2007, p. 52).

É enfatizada a importância da comunicação para melhor inclusão da pessoa com deficiência no mundo do trabalho. A empresa deverá proporcionar todos os meios para minimizar ou excluir as barreiras que impeçam a perfeita comunicação dos trabalhadores com deficiência. O art. 373-A, inserido na CLT pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, trata da discriminação, proibindo a publicação de anúncios de emprego discriminatórios, a motivação discriminatória para recusa de emprego, promoção ou dispensa e a utilização de variável discriminatória para fins de remuneração, formação e ascensão profissional. Por infração a esse dispositivo, igualmente está prevista a imposição de multa administrativa.

É importante ressaltar que as expectativas pela formação profissional não ocorrem apenas no âmbito das instituições especializadas para PCDIL. A crise da modernidade, como aponta Demo (1999, p. 136), recai sobre todos:

A própria crise lança sobre a educação profissional expectativas extremadas, motivada sobretudo pelo desespero diante da dinâmica econômica cada vez mais excludente. [...] não existem soluções cabais, seja porque se trata de um sistema

produtivo incompatível com a justiça social, seja porque esperamos da educação profissional o que ela não pode dar.

Assim, o conceito de trabalho para esses cidadãos precisa ser refletido e aprimorado.

## **6. Resultados e discussão**

A faixa etária dos onze entrevistados se situa entre 19 e 34 anos. A raça é autodeclarável, e a maioria (oito entrevistados) escolheu a alternativa “parda”, embora a realidade indique sete pessoas brancas e quatro pardas. Havia duas PCDIL irmãs. Todos os entrevistados são solteiros, vivem com a família, cinco namoram e querem futuramente se casar. A maioria dos relacionamentos possui apoio ou conhecimento da família. Dos onze entrevistados, nove residem em imóvel próprio da família. Com relação à renda familiar, nenhum soube responder. Os serviços de assistência social não atingem a totalidade das PCDIL entrevistadas, pois somente duas possuem/conseguiram o passe-livre em transporte público. Não há acesso a outros benefícios.

Quanto à relação com a família, a resposta unânime foi “boa”. O apoio familiar na busca de trabalho foi percebido como controverso: um pai acha que a filha é pouco valorizada não só em relação ao meio salário mínimo, fica preocupado com a distância da casa ao trabalho e quanto à dificuldade de ela aumentar as horas de trabalho para compensar o transtorno. Sua proposição é que ela trabalhe com ele como costureira, pois teria um salário melhor. Outra PCDIL acha que o apoio existe: “eu trabalho porque quero ser independente”, disse. Entretanto, considera-se ainda um pouco dependente, porque, mesmo no trabalho doméstico, não sabe se conseguiria cuidar da casa como um todo. O apoio ao trabalho é con-

fundido com a convivência doméstica: “tem dia que minha mãe e meu pai me deixam muito nervosa. O trabalho já é estressante e chegar em casa e ficar nervosa com minha mãe é ruim”. Em outro caso, a declaração foi: “eles me mandam trabalhar, dizem que a rua não dá futuro, não”. Há expectativas quanto aos benefícios que o trabalho pode proporcionar e muitos sonhos.

### **6.1. PCDIL e sua formação educacional**

A inclusão de PCDI em turmas comuns já vem acontecendo no Brasil desde a década de 1990. No entanto, a partir da publicação da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (BRASIL, 2008) e das Diretrizes do Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade de Educação Especial (BRASIL, 2009), essa questão tem recebido atenção especial nas discussões acadêmicas e até na imprensa (PLETSCH; GLAT, 2011b).

Contudo, embora a política educacional vigente privilegie a inclusão de alunos com necessidades educacionais especiais em turmas comuns, e, até mesmo incentive a descontinuidade dos serviços especializados (BRASIL, 2008; 2009), mais de 68% das pessoas com deficiência intelectual continuam matriculadas em classes e/ou escolas especiais (BRASIL, 2008). Resultados obtidos em investigações corroboram dados de pesquisas anteriores, mostrando a grande resistência da parte de gestores e professores para a inclusão de PCDI em turmas comuns, mais até do que outras condições, como deficiências físicas e sensoriais (AGUIAR, 2003; SANTOS, 2006; GLAT, 2007; OLIVEIRA, 2008; PLETSCH, 2010; REDIG, 2010; VALENTIM, 2011). Sem desconsiderar as dificuldades inerentes à falta de formação ou conhecimentos dos docentes, Pletsch e Glat (2011a,b) afirmam que é preciso levar em conta a supervalorização das habilidades intelectuais pre-

sente nas concepções dos educadores, o que torna as PCDI, em suas percepções, inelegíveis à aprendizagem formal.

Ao pesquisar as opiniões dos professores sobre o fracasso escolar, Corrêa (2001) pontua que estão convencidos de que o problema é do aluno, da família ou de fatores externos à escola, o que se assemelha às dificuldades encontradas no trabalho. Em nenhum dos casos, o sistema, os modos de organização e seu funcionamento são questionados. As resistências às mudanças denunciam raízes profundas arraigadas a práticas autoritárias e de controle. Assim, as escolas e o mercado de trabalho estão produzindo repetências e reprovações, não atribuem a devida importância ao fato de que a aprendizagem se faz pelas relações estabelecidas entre professor e aluno, entre patrão e empregado. Tais relações não devem ser autoritárias, hierárquicas, pois educar é promover cidadania, o desenvolvimento da autoestima e da autoconfiança de todos. Dados da pesquisa indicam que 33% estudaram em escola regular e 67% ora na regular, ora na especial. Duas PCDIL, não sabendo diferenciar escola especial de regular, não compreenderam a pergunta. Todas apresentaram dificuldades na escola. Quando perguntadas quais foram as maiores dificuldades, 31% responderam os recursos insuficientes na escola regular, 23% o relacionamento com os colegas, 15% o acompanhamento das matérias, 8%, igualmente, para vergonha e timidez, para exclusão, deboche e apelidos e 8% não souberam explicitar, pois “foram muitas”. 7% citaram dificuldade com a matemática. Quanto à leitura, podem até aprender a ler, mas todas interpretam com dificuldade. O pensamento de reversibilidade é comprometido, justificando, assim, dificuldades em operações matemáticas, principalmente divisão e subtração.

As PCDIL não conseguem vencer o nível fundamental e médio. Na pesquisa, apenas 18% têm o fundamental completo,

9% não conseguiram concluí-lo, 64% não chegaram ao 3º ano do ensino médio e 9% interromperam um curso superior no 1º ano. Após o ensino fundamental, as dificuldades se tornam significativas com o aumento do número de professores e de disciplinas, bem como de sua complexidade. A alteração da rotina também é fator complicador. Entre as disciplinas, a matemática, como esperado, é comumente percebida e assumida como mais complicada.

Quando se fala de aprendizagem, não se pode deixar de citar Paulo Freire (2005; 2006), segundo o qual a educação é sempre um processo humano e, portanto, fundamentada na transmissão ou na geração de valores. Para o pedagogo, não existe educação fora da sociedade humana e, por isso, sua proposta é uma pedagogia humanística, voltada para as condições humanas, e que considera o mundo no qual homens e mulheres estão inseridos.

O ritmo de aprendizagem lento das PCDIL é lento, mas elas possuem a mesma estrutura cognitiva das pessoas ditas “normais”. Em muitos casos, observa-se que a idade mental tem maior relevância do que a idade cronológica. Esse fato contradiz a aprendizagem da PCDIL quanto à sua possibilidade de representação de papéis coerentes à sua idade e, conseqüentemente, à construção de ações autônomas. Logo, educadores não devem infantilizá-las, ou seja, tratar pessoas já adultas como crianças.

Segundo Vygotsky (2003), a criança com deficiência mental tem alterações nos processos mentais que interferem na aquisição da leitura, nos conceitos lógico-matemáticos, na realização das atividades da vida diária, no desempenho social e em outras habilidades. Contudo, essas alterações não são determinantes por si só para o processo de ensino e aprendizagem e, conseqüentemente, para seu desenvolvi-

mento. Ferreira (2003) assinala que esses aspectos podem se tornar ainda mais deficitários, na medida em que são oferecidas a esses alunos experiências de aprendizagem “que mobilizam basicamente as funções psicológicas elementares, com um significativo distanciamento da cultura” (FERREIRA, 2003, p. 136).

Pode-se dizer que as leis que regem o desenvolvimento da PCDI são as mesmas que regem o desenvolvimento das demais pessoas. Isto também se aplica aos processos de ensino-aprendizagem. Para Vygotsky (1998), a criança que teve o desenvolvimento comprometido por alguma deficiência não é menos desenvolvida do que as crianças ditas normais, *mas é uma criança que se desenvolve de outra maneira* (grifo nosso).

Geralmente, professores parecem adotar uma atitude de pouca expectativa e baixa exigência, aceitando “o pouquinho que eles fazem já está bom”, já que “pelo menos eles estão na escola se socializando” (PLETSCH; GLAT, 2011b).

Tendo em vista essa dificuldade, uma Instituição de Ensino Superior (IES) de Belo Horizonte planejou inserir PCDI em cursos específicos e direcionados ao mercado de trabalho. Os dados oferecidos para análise comprovaram que 3.975 pessoas com deficiência intelectual se inscreveram entre 2004 e 2010, mas apenas 78,1% delas obtiveram os certificados.

As pessoas com deficiência intelectual não formam um grupo homogêneo. Para Glat (1989, p. 214), “uma pessoa com deficiência mental leve tem mais em comum com os ditos ‘normais’ do que com os deficientes mentais severos”. Isso significa que as pessoas com deficiência mental são diferentes entre si e, por isso, é necessário ficar atento às singu-



laridades de cada pessoa e conhecer suas histórias de vida (OLIVEIRA, 2007).

A aprendizagem é entendida como um processo que se realiza por meio de interações sociais, e sua construção depende da representação que se tem do mundo e da capacidade de adaptação. As PCDIL têm dificuldade de distinguir as características do meio, de organizar o mundo que as envolve, possuem uma “representação pobre” em relação às demais pessoas. Logo, é importante considerar a aprendizagem como algo que não pode ser transmitido sem que haja implicação e motivação dos atores envolvidos.

Entende-se que os problemas de relacionamento entre professores e PCDIL dizem respeito à formação dos docentes, deficiência constatada em vários estudos (MAFEZONI, 2002; JESUS, 2007, 2009; FONTES, 2009; OLIVEIRA; STOLTZ, 2010; KASSAR, 2009; GLAT; PLETSCHE, 2010), caracterizada pela falta de conhecimento sobre as especificidades de desenvolvimento dos sujeitos, por um lado, e de estratégias de adaptação curricular, por outro.

Especificamente em relação aos professores, 30% das PCDIL afirmaram que “eles não têm paciência”, e 20% garantiram que “o relacionamento é bom, eles ajudam muito”; para 10%, a interação era ruim porque as “matérias são difíceis”; também 10% responderam que o relacionamento era ruim, porque eram indisciplinados e sempre expulsos da sala de aula; para 10% era bom, porque eram “comportadas”; para outros 10%, o relacionamento com professores de história e matemática era difícil. Por fim, 10% consideravam o relacionamento “normal”.

Por causa de um diagnóstico nem sempre adequado, as PCDIL geralmente têm dificuldade de inserção no mer-

cado de trabalho. Assim, suas famílias buscam para elas tratamentos de psicoterapia, terapia ocupacional, de neurologia e psiquiatria.

O laudo médico para PCDIL deve ser claro: CID-F-70.0. Sua obtenção, porém, é uma dificuldade comum a todas as PCDIL, principalmente quando se refere a laudos médicos que estejam nas normas exigidas para o acesso das cotas no mercado de trabalho. Pela pesquisa, houve variedade de CID nos laudos médicos dos entrevistados, como: CID-F71.0 (Retardo mental moderado; QI entre 35 e 49; CID-F80.0 (Transtornos específicos do desenvolvimento da fala e da linguagem); CID-91.0 (Hidrocefalia) e CID-F53.0 (Transtornos mentais e comportamentais associados ao puerpério), embora nenhuma PCDIL tinha estado grávida. Apenas 20% dos entrevistados conseguiram laudos corretos de CID-F70.

## **6.2. PCDIL e o mercado de trabalho**

Ao refletir sobre inclusão no mercado de trabalho, é importante pensar antes na inclusão escolar, pois, se a PCDIL for incluída efetivamente na escola, estará provavelmente mais bem qualificada para a inclusão no mundo do trabalho. Como afirma Ferreira (2008, p. 13), “as primeiras experiências do indivíduo na escola e nas relações sociais influenciarão seu modo de viver o futuro”.

Um questionamento desse estudo diz respeito à busca das características principais das PCDIL que interferem em seu processo de ensino e aprendizagem. Conforme Ferreira (2008), o indivíduo que acumula uma história de fracasso no percurso de sua vida acadêmica conseqüentemente adquire uma baixa autoestima, podendo assim não ter mais vontade de realizar tarefas escolares, não persistir na resolução de algum problema ou desistir de ingressar em um

curso profissional, por não acreditar em suas habilidades e capacidades próprias.

Deficiência não constitui pretexto para um engajamento profissional desvinculado do interesse e da escolha do trabalhador. Do mesmo modo, não justifica baixa remuneração, alienação, desvalorização, sofrimento ou ausência de realização no trabalho, e muito menos condição de estagnação. Lima assinala que:

é somente através do reconhecimento social, da visibilidade de nossos feitos, que existe a possibilidade de construção de um sentido do trabalho capaz de uma mobilização afetiva para a criatividade, para o crescimento, para a saúde. (LIMA, 2003, p. 28)

Muitas vezes o que dificulta a inclusão de PCD é o fato de as empresas e a sociedade pensarem que o problema está no outro, no exterior. Por exemplo, quando se justifica a não contratação da PCDIL porque ela não possui a qualificação necessária ou porque a empresa não conta com o posto de trabalho demandado, ocorre uma violação dos direitos humanos pela falta de disponibilidade em responsabilizar-se pelas mudanças necessárias para a inclusão. A PCDI é submetida a situações que não resolvem suas questões, o que promove uma exclusão camuflada.

A inserção da PCD no trabalho deverá ser, sobretudo, individual, social e profissional, além de apoiada por equipe multidisciplinar, a fim de lhe conseguir a verdadeira inclusão.

O Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, 2007) ressalta que deficientes auditivos têm sido associados comumente ao trabalho em almoxarifados, deficientes visuais à telefonia

e deficientes físicos ao teleatendimento. Essa correlação é restritiva, pois não permite vislumbrar as diversas potencialidades que as PCD podem desenvolver no trabalho, desde que os postos estejam devidamente adaptados. Há, por exemplo, deficientes visuais que trabalham como controladores de qualidade no setor de pinturas da indústria automobilística, pessoas com deficiência auditiva que atendem no balcão de padaria, cadeirante supervisionando a saída de clientes em livraria e PCDI pesando hortaliças, legumes e frutas em supermercados. Os exemplos são diversos. Assim, antes de pensar que uma pessoa portadora de deficiência não tem condições, é preciso dar a ela oportunidade de revelar suas reais potencialidades para desempenhar as funções. Por outro lado, não se pode esquecer que o desenvolvimento tecnológico vem propiciando, cada dia mais, que PCD realizem atividades antes inimagináveis.

Quando se trata da PCDIL, a situação se agrava, pois são exigidos laudos médicos que atestem incapacidade funcional e, ao mesmo tempo, são exigidas, na prática profissional, competências e habilidades, o que exclui sua singularidade. Nessas situações, a inserção de PCDIL no trabalho não inclui, mas, ao contrário, exclui, uma vez que a PCDIL se sente incapaz. A empresa, ao invés de promover oportunidades de formação e capacitação profissional, humana, demite a PCDIL e responsabiliza-a pela falta de qualificação, pelo seu fracasso profissional. Assim, de modo camuflado, a sociedade continua excluindo a PCDIL, reproduzindo perversamente a história.

Antes dos cursos preparatórios de 2004-2011 para a inserção no mercado de trabalho, 35% dos entrevistados haviam feito uma tentativa, 33% fizeram quatro, 24% duas tentativas e 8% três tentativas. Contudo, no primeiro semestre de 2011, 48% estavam empregadas, 23% desempregadas e, por algum

motivo, 29% não tinham buscado sua inserção no mercado. Todos (homens e mulheres) são contratados como auxiliares de algum serviço, mas a maioria atua em serviços gerais. Como auxiliares, o contato com clientes e com colegas de trabalho é constante, e isso lhes promove grande satisfação. Como declaram, gostam de “ajudar as pessoas”.

Para Quaresma (2011), o projeto político-pedagógico deve compreender o que se deseja para a formação do cidadão e para o tipo de sociedade que se quer construir, bem como o que se compreende sobre educação. Na dimensão política se traduz o tipo de ser humano que se quer formar, o tipo de sociedade que se deseja construir e com que tipo de educação será construído esse ser humano e essa sociedade.

## 7. Conclusão

Defende-se que educar implica impor limites, saber lidar com dificuldades, superar inseguranças e aceitar que o fim pode ser um reinício. Nessa perspectiva, pensar a formação de PCDIL na vertente da gestão social é construir metodologias participativas, coletivas e de tecnologias sociais em que a PCDIL aprende fazendo com outros. Nessas práticas, a PCDIL não pode ser tratada como alguém que nada sabe ou que não consegue aprender. Pelo contrário, ela possui singularidades que, ao serem compartilhadas, contribuem para uma formação diversificada e aberta às diferenças.

Pensar a PCDIL no contexto de uma sociedade que aceita as diferenças é reconhecer que a história não é determinista, mas mutável. Logo, a PCDIL precisa também ser uma pessoa ativa. Sua deficiência não pode ser negada, mas ela não é a personificação da deficiência, é um sujeito de direitos. A PCDIL precisa aprender a falar e a arriscar-se sem medo de errar, já que se errar não será excluída, mas incentivada co-

letivamente a tentar novamente. A aprendizagem acontece na experimentação, na não-esquiva dos conflitos e tensões.

O acesso de uma PCDIL ao trabalho ainda é imposto pelas leis de cotas, que existem para minimizar uma exclusão histórica (hoje reforçada pelos modelos de laudos médicos). Quando alguém pensa e age a favor de uma sociedade inclusiva, começa a enxergar a igualdade de acesso aos direitos fundamentais, como o trabalho, que é uma das possibilidades de construção de cidadania ativa. Muito pode ser feito, certamente, se a escolha nacional recair sobre uma sociedade inclusiva. Para formar e incluir uma PCDIL no mercado de trabalho, faz-se necessário assumir outros valores, outros modos de educar, de produzir e de se relacionar. O trabalho, enquanto atividade humana, possibilita encontros, sociabilidade e poder “ser” ao invés de “ter”. O homem se cria e, ao criar, se transforma e muda também o mundo. Homem e trabalho não estão separados.

Se o trabalho continuar refém dos modos de produção capitalista, é incoerente pensar em inclusão, pois o sujeito, seja deficiente ou não, está a serviço de terceiros. O trabalho dentro da lógica capitalista não pensa em formação humana, mas na formação de competência, de capital humano. O funcionamento dessa competência dirige-se a controlar, regular e reproduzir desigualdades sociais. A lógica do capital humano é a do consumo, do corporativismo, da individualidade, em que se vale pelo que se consome. Não há espaço para diferenças, ou seja, se alguém não for produtivo, é descartado.

Ao pensar sobre a inserção na escola ou no trabalho, percebe-se que, se não houver mudança de atitudes em toda a sociedade, a inclusão pode dar-se de modo perverso e tornar-se mais uma palavra sem credibilidade social. Nas en-

trevistas realizadas neste estudo, houve registros de falas de empregadores, dentre os quais um bastante intolerante: “vá para casa, volte no fim do mês para receber seu salário”.

O trabalho pode ser um local que contribui para a conquista da cidadania da PCDIL e dos demais funcionários que se dispõem a aprender com a diversidade, a incluir. Entretanto, se a escolha não for pela inclusão, o trabalho pode vir a ser um espaço que reforça a discriminação, a exclusão da PCDIL. A deficiência então é vista como sujeito e não como adjetivo. A mencionada frase “não precisa trabalhar, volte para receber” é um bom exemplo.

A inclusão é um desafio, mas também uma possibilidade de mudança. A revolução pode começar nos pequenos espaços, como em casa, no trabalho, na escola, e espera-se que aos poucos vá tomando corpo, corpos e mentes, conquistando espaços, pessoas, coletivos. Trata-se de processos, movimentos e experimentações. Em outras palavras, é um convite, pois o desejo é de encontro, religação, produção de coletivos, movimentos, potências, forças, afetos e, certamente, de inclusões!

Assim, como resultado da pesquisa realizada em 2011, foi elaborada uma Cartilha de Sensibilização para Empregadores de PCDIL, que vem ao encontro de considerações frequentemente publicadas de pesquisas que têm estado restritas intramuros às universidades, deixando de contribuir para a qualidade de vida das pessoas em todos os âmbitos. Assim, se este estudo aprimorou os conhecimentos da pesquisadora quanto às características das PCDIL, também se deseja que os departamentos de recrutamento e seleção, bem como os supervisores imediatos das empresas contratantes se sintam mais confiantes e compreensivos na convivência cotidiana com essas pessoas, que certamente têm muito a contribuir

produtivamente porque, como afirma Santos (1995, p. 41), elas “têm o direito de serem iguais sempre que a diferença as inferioriza, e têm o direito de serem diferentes sempre que a igualdade as descaracteriza”.

## 8. Referências

AGUIAR, A. M. B. de. *Caminhos e descaminhos da avaliação do deficiente mental*. 2003. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2003.

ALVES-MAZZOTTI, A. J.; GEWANDSZNAJDER, F. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisas quantitativas e qualitativas*. 4 ed. São Paulo: Pioneira, 2004.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais (DSM-IV)*. 4. ed. Washington, 2002.

BETTER HEALTH. *Intellectual disability*. 2011. Disponível em: <[http://www.betterhealth.vic.gov.au/bhcv2/bhcarticles.nsf/pages/Intellectual\\_disability](http://www.betterhealth.vic.gov.au/bhcv2/bhcarticles.nsf/pages/Intellectual_disability)>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2012.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2012.



BRASIL. Decreto 5.598, de 1º de dezembro de 2005. Regula a contratação de aprendizes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5598.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5598.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2012.

BRASIL. *Diretrizes Operacionais do Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial*. Brasília, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9799.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9799.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2012.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. 2 ed. Brasília: MTE, SIT, 2007.

BRASIL. *Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRAULT, M. W. *School-Aged Children With Disabilities in U.S. Metropolitan Statistical Areas: 2010*. UNITED STATES CENSUS BUREAU. Disponível em: <<https://www.census.gov/prod/2011pubs/acsbr10-12.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRAUN ABILITY. *Disability in America Infographic*. Disponível em: <<http://www.disabled-world.com/disability/statistics/american-disability.php>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

CID-10. *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10*. Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português (CBCD), 2008. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

COHEN, R. Estratégias para a promoção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. In: SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI. Rio de Janeiro, 1998.

CORRÊA, R. M. *Dificuldades no aprender: outro modo de olhar*. Campinas: Mercado de Letras, 2001.

DEMO, P. Educação profissional: mito e realidade. *Ser Social, Brasília. Revista do Programa de Pós-graduação em Política Social*. Departamento de Serviço Social da UnB, n. 5, p. 123-157, jul./dez.1999.

ENUNO, S. R. F.; KERBAUY, R. R. Prevenção da deficiência mental: sua importância e concepções. *Bol Psicol*, n. 44, p. 31-40, 1994.

FERREIRA, A. A. A relação entre autoconceito e desempenho escolar em crianças e adolescentes. *Revista Eletrônica Semar*, Unicastelo, 2 ed. 2008. Disponível em: <[http://www.semar.edu.br/revista/pdf\\_ed2/ArtigoAndresaN2..pdf](http://www.semar.edu.br/revista/pdf_ed2/ArtigoAndresaN2..pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2012.

FERREIRA, M. C. C. Os desafios da educação escolar do aluno com deficiência mental no âmbito do ensino regular. In: MARQUEZINE, M. C. et al. (org.) *Inclusão*. Londrina/PR: Eduel, 2003, p. 133-144. (Coleção Perspectivas Multidisciplinares em Educação Especial).

FONTES, R. de S. *Ensino colaborativo: uma proposta de educação inclusiva*. Araraquara/SP: Editora Junqueira & Marin, 2009.

FREIRE, P. *Pedagogia do Oprimido*. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREIRE, P. *Educação e Mudança*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

GLAT, R. *Somos iguais a vocês: depoimentos de mulheres com deficiência mental*. Rio de Janeiro: Agir, 1989.

GLAT, R.; BLANCO, L. de M. V. Educação Especial no contexto de uma Educação Inclusiva. In: GLAT, R. (org.). *Educação Inclusiva: cultura e cotidiano escolar*. Rio de Janeiro: Sete Letras, 2007, p. 15-35. (Coleção Questões Atuais em Educação Especial, v. VI).

GLAT, R.; PLETSCHE, M. D. Diferentes dimensões do processo de inclusão escolar de alunos com necessidades educacionais especiais do Município do Rio de Janeiro. In: ANACHE, A. A.; OSORIO, A. C. do N. (org.) *Da Educação Especial à educação na diversidade: escolarização, práticas e processos*. Campo Grande/MS: Editora da UFMS, 2010, p. 89-106.

JESUS, D. M. Vozes e narrativas na ação grupal: trajetórias de formação de professores pesquisadores na perspectiva da inclusão escolar. In: JESUS, D. M. de. et al. (org.). *Inclusão, práticas pedagógicas e trajetórias de pesquisa*. Porto Alegre: Editora Mediação, p. 66-175, 2007.

JESUS, D. M. Políticas de inclusão escolar no Espírito Santo: tecendo caminhos teórico-metodológicos. In: BAPTISTA, C. R.; JESUS, D. M. de. (org.). *Avanços em políticas de inclusão – o contexto da educação especial no Brasil e em outros países*. Porto Alegre: Editora Mediação, p. 45-56, 2009.

KASSAR, M. de C. M. *Ciência e senso comum no cotidiano das classes especiais*. 2. ed. Campinas/SP: Papirus, 2009.

LIMA, S. C. C. *Trabalho doméstico: uma trajetória silenciosa de mulheres*. Rio de Janeiro: Virtual Científica, 2003.

MAFEZONI, A. *O processo de escolarização de alunos com deficiência mental incluídos nas séries finais do ensino fundamental*. 2002. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória/ES, 2002.

MORAES, A. M. S. M. de; MAGNA, L. A.; MARQUES-DE-FARIA, A. P. Prevenção da deficiência mental: conhecimento e percepção dos profissionais de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 22, n. 3, p. 685-690, 2006.

OLIVEIRA, A. A. S. *Um diálogo esquecido: a vez e a voz de adolescentes com deficiência*. Bauru/SP: Práxis, 2007.

OLIVEIRA, M. A. et al. Pessoas com deficiência no mercado de trabalho: considerações sobre políticas públicas nos Estados Unidos, União Europeia e Brasil. *Revista Brasileira de Educação Especial*, v. 15, n. 2, maio/ago. 2009.

OLIVEIRA, M. C. de. *Avaliação de necessidades educacionais especiais: construindo uma nova prática educacional*. 2008. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

OLIVEIRA, M. E. de; STOLTZ, T. Teatro na escola: considerações a partir de Vygotsky. *Educar*, Curitiba, n. 36, p. 77-93, 2010. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/er/n36/a07n36.pdf](http://www.scielo.br/pdf/er/n36/a07n36.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 9 de dezembro de 1975. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec\\_def.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Gestão de questões relativas à deficiência no local de trabalho: repertório de recomendações práticas*. OIT, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 159, de 1º de junho de 1983. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/fisca\\_trab/inclusao/legislacao\\_2\\_1.asp](http://www.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/legislacao_2_1.asp)>. Acesso em: 9 out. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação 168, de 20 de junho de 1983. Disponível em: <<http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/43>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

PLETSCH, M. D. *Repensando a inclusão escolar: diretrizes políticas, práticas curriculares e deficiência intelectual*. Rio de Janeiro: NAU/EDUR, 2010.

PLETSCH, M. D.; GLAT, R. A Educação Especial no contexto da Educação Inclusiva: diretrizes políticas e ações pedagógicas. *Relatório PROCiência*, Rio de Janeiro, 2011a.

PLETSCH, M. D.; GLAT, R. A escolarização de alunos com deficiência intelectual em diferentes contextos educacionais. In: XXXIV REUNIÃO ANUAL DA ANPED- EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL, Natal/RN, 2011b, p. 1-13. *Anais...* Disponível em: <<http://www.anped.org.br/app/webroot/34reuniao/images/trabalhos/GT15/GT15-594%20int.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

QUARESMA, A. G. *A Relação Trabalho-educação e o Projeto Político-Pedagógico do MST: uma prática em construção em escolas de assentamento em Minas Gerais*. 2012. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

REDIG, A. G. *Ressignificando a Educação Especial no contexto da educação inclusiva: a visão de professores especialistas*. 2010. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SANTOS, B. de S. A construção multicultural da igualdade e da diferença. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, Rio de Janeiro, setembro de 1995.

SANTOS, R. A. *Processos de escolarização e deficiência: trajetórias escolares singulares de ex-alunos de classe especial para deficientes mentais*. 2006. Tese (Doutorado em Educação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, PUC, 2006.

VALENTIM, F. O. D. *Inclusão de alunos com deficiência intelectual: considerações sobre avaliação de aprendizagem escolar*. 2011. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, 2011.

VYGOTSKY, L. S. *A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

**VYGOTSKY, L. S. Aprendizagem e desenvolvimento intelectual na idade escolar. In: VYGOTSKI, L. S.; LURIA, A. R.; LEONTIEV, A. N. *Linguagem, desenvolvimento e aprendizagem*. São Paulo: Ícone, 2003.**

**Artigo recebido em: 16/07/2014.**

**Artigo aprovado em: 11/01/2017.**

**DOI:**







**59-116**

*Artigo*

**LINEAMENTOS SOBRE A NOVA DINÂMICA  
RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**JOÃO GASPAR RODRIGUES**



# LINEAMENTOS SOBRE A NOVA DINÂMICA RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

LINEAMENTS ABOUT THE NEW RESOLVENT DYNAMIC OF THE PUBLIC MINISTRY

JOÃO GASPARGAS RODRIGUES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Amazonas, Brasil

gasparrodrigues2010@bol.com.br

**RESUMO:** O ensaio aborda a dinâmica resolutiva do Ministério Público brasileiro, fazendo um paralelo entre os dois perfis institucionais preponderantes: demandista e resolutivo. É posta em destaque também a inserção do Ministério Público como uma instituição moldada para defender os interesses não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática. Dentro dessa nova conjuntura são analisados desafios e exigências com o fim de realçar os novos rumos traçados pela instituição diante da expansão e do aprofundamento do princípio democrático.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público Resolutivo; nova dinâmica; expansão do princípio democrático; desafios; exigências.

**ABSTRACT:** This essay focuses on solving the dynamics of the Brazilian Prosecutor, drawing a parallel between the two predominant institutional profiles: procedural and decisive. It also put emphasis on the inclusion of the Public Ministry as an institution shaped to protect the interests, not more than one state or society simply, but in a complex democratic society. Within these goals challenges and requirements are analyzed in order to highlight the new directions set by the institution against the expansion and deepening of the democratic principle.

**KEYWORDS:** Resolvent prosecutor; new dynamic; expansion of the democratic principle; challenges; requirements.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais. 2. Ministério Público Resolutivo: conceito. 3. Características da dinâmica institucional resolutiva. 3.1. Proatividade. 3.2. Dinamismo. 3.3. Intersetorialidade. 3.4. Intercambialidade. 3.5. Planejamento. 3.6. Inovação. 3.7. Eficiência e gestão de resultados. 4. Busca por uma identidade própria ao Ministério Público. 5. Diferenças entre o MP Demandista e o MP Resolutivo. 5.1. Proatividade e reatividade. 5.2. Assunção e transferência de responsabilidade. 5.3. Proximidade e distanciamento da comunidade. 5.4. Perda e resgate de legitimidade democrática. 5.5. A forma de solucionar os problemas. 5.6. Trabalho criativo versus labor rotineiro. 5.7. Busca por resultados efetivos (ou socialmente relevantes) e a indiferença por resultados extraprocessuais. 6. Estratégias de crescimento institucional que privilegiam o demandismo. 6.1. Alegada hipossuficiência da sociedade e a função paternal da autoridade. 6.2. A prática de “ocupar espaços”. 6.3. Modelo de equiparação ao Judiciário (garantias, prerrogativas, vedações, estrutura e divisão funcional). 7. Causas que levam ao MP Resolutivo. 7.1. Amadurecimento democrático da sociedade (expansão do princípio democrático). 7.2. Crise do Poder Judiciário. 8. Exigências e desafios trazidos pelo novo modelo resolu-

tivo. 8.1. Nova leitura do postulado da independência funcional. 8.2. Insuficiência de recursos materiais e humanos. 8.3. Novo regime de capacitação e mobilização dos agentes ministeriais. 9. Ética dos resultados. 10. Conclusões. 11. Referências.

## 1. Considerações iniciais

Toda instituição precisa de tempos em tempos, como uma espécie de regulamentação orgânica de seu próprio crescimento, de um trabalho de reconstituição e de reengenharia de sua estrutura e finalidades funcionais. Isso porque, como diz Maclver (1965, p. 123), uma estrutura política ou administrativa não é mais imutável do que uma estrutura orgânica; é um arcabouço sujeito a todas as forças que atuam na sociedade por ela abrangida. E o Ministério Público não se furta a essa contingência de repensar sua estrutura e sua trajetória dentro da sociedade brasileira<sup>1</sup>.

O passado de lutas institucionais do MP para se firmar constitucionalmente como uma instituição indispensável para a sociedade brasileira não pode, no momento de revisar sua estrutura e seus fins, ser esquecido justamente porque passou, porque se passou com a instituição, continua existindo (integrado ao presente). E também, como observam T. Veblen (1934, p. 9) e Carl J. Friedrich (1972, p. 17), a mudança de padrões e de pontos de vista é gradual; ela raramente resulta na subversão ou na total supressão de um ponto de vista aceito no passado.

O MP Resolutivo não implica combate irracional e iconoclasta ao perfil demandista da instituição, e nem poderia em face da Constituição, e sim o fortalecimento do perfil proativo,

---

1 Uma instituição como o Ministério Público não deve recear ser reformada, aperfeiçoada em sua atuação funcional ou ter alguns conceitos submetidos a uma permanente revisão crítica, pois isso sugere que ela é imprescindível e capaz de ter uma estrutura mais eficiente. No dizer de Ortega y Gasset (1957, p. 148), “the best that humanly speaking can be said of anything is that it requires to be reformed, for that fact implies that it is indispensable, and that it is capable of new life”.

uma mudança necessária para preservar e não para destruir a própria natureza da instituição. É a junção do passado com o futuro, construindo o presente<sup>2</sup>. É vinho novo despejado em barril velho. Não se luta diretamente contra o passado, pois esquecido ou jogado fora ele volta irremediavelmente. O futuro o domina quando é nutrido por ele, por suas lições.

O presente é o resultado do entrelaçamento da tradição com o progresso, com a mudança necessária. Até mesmo na ciência, adverte Carl Friedrich (1972, p. 40), o progresso é condicionado pela tradição, e não é possível fazer qualquer contribuição importante sem conhecer as realizações passadas.

O passado tem uma razão, a sua. Se não lhe damos essa que tem, voltará para reclamá-la, e mais, para impor a que não tem (ORTEGA Y GASSET, 1957, p. 95) com todos os seus sintomas mórbidos. O perfil puramente demandista da instituição tinha uma razão (e ainda tem)<sup>3</sup>, e essa razão tem que ser dada per saecula saeculorum. Mas não tinha toda a razão, e essa que não tinha é preciso que lhe seja tirada. É por essa brecha que se insinua o atual elemento resolutivo: é o novo surgindo sobre os traços do antigo.

Não se busca construir uma nova instituição do Ministério Público como se fosse algo absolutamente novo, sem passado, sem história, sem tradição. Como dizem R. Maclver (1965, p. 269) e B. Magee (1974, p. 74), nenhum admirável mundo novo pode ser construído de novo: a organização

---

2 Para Ortega y Gasset (1987, p. 30), o presente é apenas a presença do passado e do futuro, o lugar onde efetivamente existe passado e futuro.

3 Ao enfatizar a relatividade entre tradição e modernidade ou o entrelaçamento de tradicionalismo e progressismo, Carl Friedrich (1972, p. 20) afirma que nada é bom só porque existiu por um longo tempo, assim como nada é ruim porque deixou de existir (ou de ser aceito em determinado momento).

mais nova que possamos realizar, não importa quão audaciosos sejam seus experimentos, tem de ser uma continuação do passado e do presente, tal qual a nova geração de homens é uma continuação dos que se foram antes. A ideia, portanto, de que é viável começar qualquer coisa do nada, sem dívidas com o passado ou com os semelhantes, é completamente errônea.

A história ou o passado não determina o futuro, mas pode limitar ou excluir certas alternativas (POLIN, 1972, p. 185). O passado demandista do MP, inscrito em cores fortes na Constituição e na legislação infraconstitucional, não impede o desenvolvimento de um perfil resolutivo, porém limita a possibilidade de uma instituição exclusivamente resolutiva, dissociada da demanda judicial.

De qualquer modo, uma instituição flexível e dinâmica sempre está disposta a superar a si mesma, a transcender do que já é para o que se propõe a ser como dever e exigência social. O Ministério Público, como instituição dinâmica, nunca está feito. Ou está sempre se fazendo ou se refazendo. Como garantir, por exemplo, o progresso democrático do país? O simples processo de manter esse ambiente democrático já é, por si, extremamente complexo e recheado de sutilezas incalculáveis. Imagine-se, então, o que é necessário para alavancar o progresso, a evolução constante desse *élan* democrático. Daí por que qualquer instituição, a exemplo do MP, que tenha por imperativo constitucional uma responsabilidade direta, deve estar permanentemente preparada para as boas práticas exigidas pelo processo e progresso democráticos.

Este perfil resolutivo não se desliga do passado nem o nega, mas tende a ir adiante, atento às novas necessidades sociais

e às circunstâncias históricas que apontam para um futuro certo. E se fortalece com a perspectiva sombria de que o Ministério Público precisa assumir uma identidade própria, sob pena de ficar eternamente orbitando o Judiciário (condicionando a eficiência de suas funções ao maquinário roto ou emperrado da Justiça) ou, pior ainda, à deriva no mare magnum das instituições públicas sem rumo definido, sem um programa de ação, sem um projeto identitário<sup>4</sup>.

Para se saber aonde vamos é imprescindível termos um caminho prefixado, uma trajetória predeterminada. E essa trajetória e esse planejamento devem ser traçados pelas gerações presentes que vivem o dia a dia do MP, não pelo passado ou por quem fez o roteiro do passado. Parafraseando Paine (2007, p. 15), como o MP e toda sua organização foram moldados para os vivos e não para os mortos, são somente os vivos que têm qualquer direito de nele interferir. Aquilo que pode ser considerado correto e conveniente numa época pode ser considerado errado e inconveniente em outra. Em tais casos, a quem cabe decidir, aos vivos ou aos mortos?

Não é fora de propósito lembrar as lições de John Stuart Mill (1964, p. 7) e Popper (1998, p. 81-142), para quem as instituições são obra dos homens (embora vez por outra se ignore a proposição), devendo a origem e a existência inteira bem como o desenvolvimento à vontade humana. Não acordaram os homens em manhã de estio para com elas deparar completas. Nem se assemelham às árvores que, uma vez plantadas, “estão sempre a crescer” enquanto os homens “estão a dormir”. Em qualquer estágio da existência são o que são pela atuação voluntária do homem.

---

<sup>4</sup> Sem um plano ou uma estratégia identitária, o MP corre o risco de ficar à deriva, entregue à cega mecânica do demandismo.



As instituições são como fortalezas. Devem ser bem ideadas e guarnecidas de homens. E elas, como alavancas, possibilitam fazer realizar qualquer coisa superior à força de nossos músculos. Como máquinas, multiplicam nosso poder para o bem e para o mal. Como máquinas, necessitam de supervisão inteligente de alguém que compreenda seu modo de funcionar e, acima de tudo, seu objetivo, pois não as podemos construir para que trabalhem de todo automaticamente. Além do mais, sua construção e seu aperfeiçoamento requerem certo conhecimento das regularidades sociais que impõem limitações ao que pode ser realizado pelas instituições.

A reengenharia do Ministério Público foi fruto de uma vontade institucional, um movimento de dentro para fora, pelo empenho de gerações de promotores que, em geral, mais acertaram que erraram. Como diz Arantes (2002, p. 15), foi um movimento endógeno o responsável por transformar a instituição num agente político, independentemente dos outros poderes do Estado, além de se tornar um instrumento de luta em defesa da sociedade democrática e não simplesmente do Estado.

A capacidade de inserção e de articulação social do MP<sup>5</sup> cresceu de tal forma que, por ter assumido tal proporção, tropeça numa organização montada para demandar exclusivamente perante o Judiciário, dentro do qual já não cabe. É importante realçar, entretanto, que o passado puramente demandista do Ministério Público fez com que chegasse a essa nova etapa de sua vida institucional; mas, ao mesmo tempo, as estruturas sobreviventes desse passado são insuficientes, por si sós, para a atual expansão resolutiva. E a

---

5 Essas características credenciam os membros do MP como excelentes “interlocutores institucionais” com ampla legitimidade deliberativa.

instituição agora se vê obrigada não a abandonar esse velho perfil, mas a fortalecer um novo estilo de atuação que supere a si própria. E essa intuição, mais uma vez, nasce no seio da própria instituição.

## **2. Ministério Público Resolutivo: conceito**

O Ministério Público Resolutivo é um conceito comparativo e obtido por contraste, pois pressupõe uma relação com a outra face da moeda: o Ministério Público demandista. São dois perfis de necessária convivência e um complementa o outro. Não obtida a solução para um fato concreto pela atuação resolutiva ou extrajudicial, entra em cena o perfil demandista. E vislumbrada previamente a ineficiência de uma abordagem judicial, a atuação resolutiva assume importância decisiva e prioritária.

Essa forma binária de atuação do MP (demandista e resolutiva)<sup>6</sup> exige uma dupla interpretação. E não podemos aceitar que uma dessas formas possa nos parecer de um lado boa e de outro má. As circunstâncias de cada caso ou fato e as escolhas feitas para o devido enfrentamento responderão pelo triunfo ou fracasso do exercício funcional.

O Judiciário, para esse perfil resolutivo ministerial, assume o que sempre deveria ter representado: a *ultima ratio*, a última trincheira. A composição prévia e extrajudicial dos conflitos ou de eventuais violações à lei pelo Ministério Público insere-se no plano de ação resolutiva como a *prima ratio*.

---

6 Na verdade, o perfil do MP pode ser, mais precisamente, dividido em três: demandista (propositor ou promotor de medidas judiciais), parecerista (atuação como custos legis em ações não promovidas pela instituição) e resolutivo (atuação extrajudicial). O perfil parecerista, focado na intervenção opinativa em alguns feitos cíveis, sofreu duro golpe com a Recomendação n. 16, de 28.4.2010, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A concepção estruturante desse novo perfil institucional, como diz Ortega y Gasset (1987, p. 49) em feliz imagem, não nasceu do ar, como as orquídeas, que se diz serem criadas no ar sem raízes. A ideia de uma instituição resolutiva surge como um desdobramento natural do amadurecimento democrático da sociedade brasileira, que torna o povo mais exigente de resultados e eficiência em relação às suas instituições e serviços públicos, bem como pela natural crise do Poder Judiciário em dar respostas à complexa litigiosidade atual.

Dadas as mudanças aceleradas e a sutileza dos problemas decorrentes, os conceitos herdados de algumas décadas revelam-se hoje inoperantes. Foram úteis para encontrar soluções de fato cem vezes menos sutis que as exigidas na atual conjuntura histórica. Maturescência democrática imersa num mundo globalizado e problemas complexos formam uma cultura que não se satisfaz com as fórmulas antigas. As condições atuais são cada vez mais difíceis e complexas, exigindo que os meios para enfrentá-las (e resolvê-las) sejam também perpassados por uma onda contínua de aperfeiçoamento e de renovação.

O MP Resolutivo não se presta a uma definição rígida; trata-se de uma tendência e não de algo já concretizado. A definição perfeita só se aplica a uma realidade completa (BERGSON, 1994, p. 13). A um estado, não a uma tendência.

Temperados por essas considerações, podemos, então, definir o MP Resolutivo como uma instituição que assume uma identidade proativa específica, atuando antes que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los sem a necessidade de acionar ou demandar, como *prima ratio*, a Justiça.

### 3. Características da dinâmica institucional resolutiva

#### 3.1. Proatividade

A postura proativa pode ser definida como a busca espontânea por novos paradigmas e boas práticas no ambiente de trabalho, equacionando e antecipando-se aos problemas, dentro de uma projeção de resultados que agregue valor aos fins institucionais. Seus principais atributos são: iniciativa, contínuo aperfeiçoamento, planejamento e superação de dificuldades.

O Ministério Público de perfil antigo (ou clássico, como queiram) se caracteriza por simplesmente reagir aos fatos sociais, aguardando que os fatos se tornem patológicos, conflituosos, para serem submetidos ao crivo judicial. É uma postura institucional reativa (inercial, fragmentária) a negar parcela valiosa de atribuições extrajudiciais do MP e que, claramente, se inspira no antigo art. 1º da Lei Complementar n. 40/81:

O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é *responsável, perante o Judiciário*, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis [...] (BRASIL, 1981, grifo nosso).

Esse entendimento responde por uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo (BARROSO, 1996, p. 396).

Essa mentalidade reativa conta ainda com defensores (MACHADO, 1998, p.74) e prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania inclusiva no mundo globalizado. Além disso, o Ministério Público preponderantemente demandista, dependente do Judiciário, é um desastre, pois o Poder Judiciário continua a responder mal às demandas que envolvem os direitos massificados e os pleitos da cidadania (GOULART, 1998, p. 120; ALMEIDA; PARISE, 2005, p. 612; SADEK; LIMA; ARAÚJO, 2001, p. 41).

O caráter reativo bem como a instrumentalização do MP na tarefa de apaziguamento social são teses insustentáveis na atual quadra histórica, já que estariam atreladas ainda a uma interpretação nostálgica da ordem jurídica destronada pela CF 1988. Que o Ministério Público é indispensável ao Judiciário na realização do mister institucional de prestação da tutela jurisdicional não há a menor dúvida (RODRIGUES, 1999, p. 128; PORTO, 1998, p. 17). Mas outras funções, tão ou mais importantes, são desenvolvidas extrajudicialmente, tanto que o próprio art. 127 da Constituição de 1988, ao dizer que o MP é essencial à função jurisdicional do Estado, acrescenta-lhe a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, aspectos mais abrangentes e igualmente relevantes da vida de um Estado, que não são necessariamente desenvolvidos perante o Judiciário.

Quando instaura inquérito civil, fiscaliza fundações, prisões e delegacias de polícia, promove audiências públicas para discutir problemas comunitários ou estabelece compromissos de ajustamento, nota-se que o Ministério Público alarga e extrapola a órbita judicial, daí ter dito o legislador constituinte menos do que devia, na medida em que a instituição também se revela essencial em tarefas não jurisdicionais a si incumbidas (PORTO, 1998, p. 17).

A fatia de atribuições extrajudiciais (um rol sempre crescente) tem obrigado a instituição a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutive, em que passa a concentrar recursos e esforços na busca de respostas preventivas para os problemas comunitários. Em vez de reagir contra incidentes ou fatos consumados que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com a submissão judicial, o MP passa a trabalhar a solução dos próprios problemas em conjunto com a comunidade<sup>7</sup>. Neste novo perfil institucional, o promotor de Justiça, como dizia Nietzsche (2004, p. 255), deve ser um homem antecipador, ou seja, deve se antecipar aos fatos, o que pressupõe uma nova atitude mental e uma renovada disposição para a ação.

### 3.2. Dinamismo

Dentro de uma sociedade estática, conservadora ou fixa, uma instituição burocrática e pesada pode sobreviver e até se revelar indispensável. Numa sociedade sem mudanças, o presente escraviza-se à reprodução do passado, os problemas são sempre os mesmos e as soluções passam de geração para geração sem modificações apreciáveis. O espaço para a especulação e a crítica é limitado: a função do pensamento não é questionar, mas aceitar uma dada situação.

Num meio social dinâmico, entretanto, são criadas sem cessar tendências ou alternativas cujas mudanças se processam num ritmo alucinante, e as instituições precisam ser flexíveis, dinâmicas e eficientes, pois se permanecem imobilizadas na tradição estão fadadas ao colapso. Como dizia Bacon (URIS, 1967, p. 218), aquele que não aplica novos remédios, deve esperar novos males. As soluções de hoje podem se tornar

---

7 Os mecanismos para isso existem a mancheias, e sempre surgem novos, engendrados por uma saudável cultura de inovação que se dissemina entre os membros do Ministério Público.

os problemas de amanhã, exigindo-se das instituições públicas agilidade, flexibilidade e uma capacidade de adaptação às exigências modernas e, acima de tudo, espera-se que o foco institucional esteja voltado para eficiência e resultados.

Como diz C. Julien:

Toda instituição que se torna puramente defensiva num mundo em que as condições de existência, as técnicas de produção, as ideias recebidas e as inspirações dos povos se transformam rapidamente e são alteradas pelo próprio ritmo de uma vida diária que se recusa a ser reduzida a um simples ritual acaba morrendo. (JULIEN, 1975, p. 117)

Diante da perene mudança dos assuntos humanos e sociais, com seus conflitos, inconvenientes e perigos sempre recorrentes, é necessário fazer frente por meio de novos recursos e artifícios a fim de que tudo siga, pelo menos, tão bem como anteriormente.

Esse ambiente social cambiante requer um perfil diferenciado de Ministério Público, não mais meramente demandista ou parecerista, e sim dotado da capacidade de buscar resultados (estando aberto a inovações e a aperfeiçoamentos) e de enfrentar, se necessário, o caudal dos interesses econômicos e políticos. E para nadar contra a corrente, como parece ser da natureza histórica da instituição, ela deve contar com bons nadadores, ágeis, dinâmicos e resolutivos.

### **3.3. Intersetorialidade**

A intersetorialidade ou transetorialidade consiste na articulação entre órgãos públicos, instituições e diversos outros setores da sociedade civil, integrando interesses, necessidades, conhecimentos (experiências) e poderes com o fim de enfrentar problemas sociais cada vez mais complexos. Impli-

ca uma forma nova de administrar, de governar e de moldar políticas públicas capazes de agregar todo o potencial cooperativo das estruturas sociais em prol dos objetivos definidos institucionalmente. Antes de ser um conceito teórico, a intersectorialidade é uma prática social voltada ao enfrentamento de problemas reais.

A necessidade de coordenar o Ministério Público a outros órgãos e entidades funda-se na perspectiva moderna do relativo descrédito do conhecimento cartesiano e setorial que já não consegue trabalhar com a multiplicidade de variáveis que tornam os problemas sociais impossíveis de uma leitura pela visão unilateral ou escoteira de uma instituição especializada. Cada instituição detém uma parte da verdade, das explicações, dos saberes, mas não da totalidade. Em relação a todas as técnicas que não pertencem à sua estrita área de atuação, o técnico é tão ignorante quanto o cidadão comum. A tecnicidade do mundo tem como inevitável contrapartida certa extensão da ignorância humana. E quanto mais o saber fazer se diferencia e aumenta em eficácia, menos é possível o controle intelectual do homem sobre o conjunto das operações que efetua ou das quais participa (FOUGEYROLLAS, 1960; p. 11-12).

O atual estágio da ciência exige visão de mundo diferente e não fragmentada. A abordagem que analisa e tenta compreender o mundo em partes independentes já não funciona sem prescindir de uma visão mais ampla, integradora, global, para que a mente humana funcione de modo mais harmonioso ao colaborar na construção de uma sociedade mais ordenada, justa, humana, fraterna, estável e segura (MORAES, 1997, p. 20; BEHRENS, 1999, p. 383-403).

Paralelamente, órgãos públicos e entidades da sociedade civil atuam isolados em setores, sobre necessidades e expecta-



tivas sociais. Na segurança pública, por exemplo, há de um lado a polícia, o Ministério Público, o Judiciário, o sistema prisional mediante princípios, metas, estratégias sobre o mesmo fundo. De outro lado, trabalhando o mesmo tema, mas com princípios, estratégias e metas próprios, existem outros atores como associações diversas, entidades não governamentais de defesa dos direitos humanos etc. As forças, as experiências, os interesses, embora ligados pela identidade do problema social, acabam dispersando-se e pulverizando-se em atuações isoladas, setoriais, em prejuízo de resultados produtivos, concretos e duráveis sob o pálio da cooperação, da coordenação e da intersetorialidade.

### **3.4. Intercambialidade**

Todas as características da dinâmica institucional resolutiva se implicam e se interpõem. Para ter agentes ministeriais proativos, por exemplo, é necessário conhecimento sobre sua área de atuação, saber como os colegas trabalham e adquirir (ou trocar) experiências com eles. Os dois últimos pontos são impossíveis se não é estabelecido um diálogo institucional interno ou uma intercambialidade.

A Constituição, ao dotar o Ministério Público de unidade e indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF)<sup>8</sup>, possibilitou a qualquer agente ministerial imputar sua vontade funcional à instituição (CARNEIRO, 1995, p. 43-44). Qualquer ato praticado por um promotor ou procurador de Justiça, no exercício de suas funções, automaticamente é atribuído ao Ministério Público (MP). Não há dualidade do ente curador dos direitos ou interesses (MP) e a pessoa que os exerce (membro) como há na representação, legal ou voluntária. Há unidade: uma

---

8 Sobre os aludidos princípios e o alcance conceitual, vide NOGUEIRA, 1992, p. 81; SAUWEN FILHO, 1999, p. 209-210; DONIZETTI, 2009, p. 152.

só pessoa – a pessoa coletiva, a instituição – que persegue o seu interesse, mas mediante pessoas físicas – as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos<sup>9</sup>.

Diante disso, seria extremamente traumática para a instituição a existência de tantos interesses ou vontades quanto fosse o número de membros a compô-la. Ou, ainda, a justaposição de promotorias mais ou menos especializadas, sem diálogo e sem cooperação entre si. Não haveria convergência de energias, mas o caos anárquico e improdutivo conducente a uma espécie de anomia institucional. Os múltiplos agentes independentes devem repousar suas individualidades e idiosincrasias sobre um núcleo irreduzível que confira uma base segura para o desempenho linear das funções da instituição<sup>10</sup> e não sobre fatores irracionais que interferem no curso da ação individual. Esse núcleo não é outro senão a ordem jurídica e o diálogo institucional.

O diálogo institucional ou a solidariedade interna entre os agentes do Ministério Público, com delimitação precisa de atribuições, disposição de atuar em conjunto e uma interação funcional sujeita a princípios, a normas e a regras. Cada órgão pode complementar a atividade do outro, o que é passo decisivo para uma gestão fundada no resultado porque a reunião de uma série de energias (os diversos membros numa instituição) gera um somatório razoável. Mas a multiplicação dessas energias reunidas só é possível se entre elas se estabelecer um diálogo ou uma forma de comunicação produtiva.

---

9 Diante desses princípios, talvez não seja correto dizer que entre a instituição do MP e seus membros estabeleça-se uma relação metassociológica de todo e parte. Essas equações tendem a se confundir.

10 Agindo conjuntamente sobre o mesmo objeto (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis), os membros do MP coordenam as suas condutas e a conduta total passa a possuir uma unidade análoga à de um grupo de músculos num movimento coordenado (SICHES, 1968, p. 427).

As múltiplas promotorias especializadas com suas respectivas atribuições de uma grande comarca representam a expansão, por imperativo das dimensões demográficas, da promotoria solitária e conglobante de uma comarca pequena. A promotoria única com seu promotor titular engloba em si todas as especialidades de um grande centro: proteção ao idoso e às pessoas portadoras de deficiência, infância e juventude, criminal (acidentes de trânsito, drogas, júri, violência doméstica, execução penal etc), família, meio ambiente e urbanismo, fazenda pública, proteção ao consumidor, patrimônio público, cidadania, registro público, acidente de trabalho etc.

Numa promotoria única todas essas atribuições são exercidas por um único agente graças ao diálogo e à intercomunicação. E seria impensável, para o êxito funcional, que o promotor de Justiça não vislumbresse uma continuidade e uma interlocução entre suas diversas atribuições<sup>11</sup>. Nos grandes centros e comarcas a mesma questão é posta: necessidade de diálogo e intercomunicação entre as diversas atribuições. Mas em tal contexto especializado estabelecem-se espaços isolados infensos ao diálogo e ao cooperativismo (numa espécie de integração horizontal). A multiplicidade de agentes, de ideias e de percepções aliada a uma deficiente estruturação normativa resulta num caos funcional e em tremenda dissipação de energia e dinheiro público.

Esse caos ou anarquia funcional reduz a eficiência, a eficácia e a efetividade das funções ministeriais. As diversas forças e energias da instituição, que numa promotoria genérica são convergentes, nas diversas promotorias especializadas são divergentes e dissipadas em atuações estanques e descontí-

---

11 Um único agente é capaz de ser mais unificado em seus atos do que um grupo, e muito mais unificado do que vários grupos cooperando uns com os outros (KELLER, 1967, p. 110).

nuas. As informações de uma promotoria não são acessíveis, em tempo real, por outra promotoria. E, com isso, muitas vezes, ocorrem conflitos positivos ou negativos de atribuições, cujo deslinde tardio representa pesado golpe no perfil resolutivo da instituição.

O Ministério Público se debate, na prática, entre a independência funcional de seus agentes moldando um corpo heterogêneo, desunido, flutuante e de curso instável, ao sabor das idiosincrasias de cada um, e a necessidade do diálogo institucional interno plasmador de um corpo uno e homogêneo sob o signo de uma energia convergente. Na disputa entre esses dois polos, há desperdício de recursos públicos e muita energia coletiva (cujo símbolo, por exemplo, são os eternos conflitos de atribuições, em regra, negativos) que não atendem ao interesse público em tempos de orçamentos curtos e de busca ansiosa por eficiência e resultados.

Para alcançar esse diálogo institucional alguns desafios devem ser postos claramente: I- criação de condições efetivas para os órgãos de execução e de administração atuarem como uma equipe com unicidade de propósitos, firmando uma rede estreita de vínculos e compromissos; II- estabelecimento de condições para enfrentar diferenças internas que gerem motivação para ações cooperadas; III- extrair da interação entre os órgãos cooperantes soluções capazes de mudar a realidade (retroalimentando a aliança orgânica); IV- eliminação ou expurgo da cultura burocrática avessa ao diálogo e ao agir compartilhado (que pressupõe uma atitude mental absolutamente nova<sup>12</sup>); V- aumento das redes de comunicações formais (relatórios, circulares, memorandos,

---

12 Thoreau, o curioso naturalista/filósofo americano, de modo perspicaz achava que as reformas materiais de nossas instituições não se realizariam sem que houvesse, preliminarmente, uma reforma interior do indivíduo e que, se esta última se realizasse, a primeira passaria a ser supérflua (DREISER, 1939, p. 169).

reuniões etc) e redução das informais (LAPASSADE; LOU-RAU, 1972, p. 103).

Debates, estudos, intercâmbio de informações, realização periódica de congressos (estaduais, regionais e nacionais) reunindo a categoria, assim como as campanhas internas para os cargos eletivos dos órgãos superiores e da associação de classe, criam espaços de formulação e discussão de temas jurídicos e problemas institucionais (SILVA, 2001, p. 130). Essas atividades geram um discurso próprio à categoria e, em consequência, um diálogo permanente.

### **3.5. Planejamento**

É certo que o MP ainda goza de amplo prestígio social, mesmo contando com um modelo de atuação antigo e claramente superado (demandista) e um novo que ainda luta para se impor na mentalidade dos membros (resolutivo). Esse prestígio social se deve mais ao êxito de iniciativas individuais de agentes ministeriais do que como decorrência natural de um modelo de gestão baseado num planejamento estratégico.

A instituição não pode avançar rumo ao futuro sob os velhos trilhos de tentativa e de erros, típico modelo de um passado recente. Impõe-se um planejamento estratégico-institucional capaz de assegurar uma justa correspondência entre demandas ou expectativas sociais e os resultados por ela apresentados.

### **3.6. Inovação**

A inovação pode se referir a uma ideia, método ou objeto concebido que foge aos padrões anteriores, às fórmulas consagradas. No caso do Ministério Público, a postura inovado-

ra pode ser definida como a capacidade de fazer mais e melhor (ganho de eficiência) com menos recursos a prestação de serviços afetos à instituição.

No perfil demandista, o poder de inovar da instituição sofre grande limitação. O membro, confinado à função passiva de acompanhar fórmulas processuais, acaba desenvolvendo um trabalho rotineiro, mecânico e burocrático. Além disso, os problemas são submetidos a um estreito exercício intelectual (a clássica lógica legal-racional) e a uma solene indiferença por resultados extra-autos.

O verdadeiro espaço que se abre à inovação institucional é o modelo resolutivo, em que o agente ministerial assume a responsabilidade pela condução de problemas complexos sem fórmulas predefinidas para a solução. Nesse roteiro, o agente ministerial desenvolve um trabalho criativo, pragmático, para deter o domínio de seu curso e buscar resultados socialmente relevantes.

### **3.7. Eficiência e gestão de resultados**

Os membros do MP, até pela forma rigorosa de seleção a que se submetem para ingressar na instituição, detêm um invejável cabedal jurídico e cultural. Na função também passam a deter prerrogativas e a dispor de mecanismos jurídicos aptos a serem utilizados para tentar mudar a realidade de sua comarca, fazerem a diferença e não apenas executar um trabalho que se apresenta à sociedade como um ramo especializado da burocracia. Assumem o supremo desafio de aplicar a lei em uma sociedade submetida a rápidas e a constantes transformações<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Sociedade a que Hermann Heller (1968, p. 235) apropriadamente designa de “sociedade de mutação”.

As necessidades sociais, os modos de vida, a organização das relações entre os homens evoluem e evoluirão sem cessar segundo o progresso das ciências e das técnicas<sup>14</sup>. Como diz o sociólogo alemão Leopold von Wiese (1932, p. 41), a “eterna mudança das coisas só permite o surgimento de fenômenos circunstancialmente condicionados”, ou seja, que se submetem ao vai-e-vem histórico. Neste movimento dialético, tensões e conflitos são constantes. Iniciativas e ajustes, igualmente, surgem como necessários a cada estágio (MARCHAIS, 1974, p. 25). E é nesta etapa que a atuação do membro do MP pode ser muito útil à sociedade.

Instituições como o Ministério Público tendem a enfraquecer-se e a estiolarem-se quando fracassam em satisfazer os anseios de justiça e de liberdade dos homens. Assim, no dizer de Bertrand Russell (1958, p. 15-16), se se quiser o desenvolvimento de uma sociedade orgânica, é necessário que as nossas instituições sejam fundamentalmente transformadas de molde a representarem esse novo respeito pelo indivíduo e pelos seus direitos exigido pelo sentimento moderno.

O direito, instrumento que é dado ao Ministério Público manusear, nasce da vida e à vida serve<sup>15</sup>. E a vida é um complexo homogêneo de funções: fisiológicas, psíquicas, sociais, assim como físico-químicas, que se defronta constantemente com problemas a exigir novas soluções. O direito, e por via de consequência o Ministério Público, não pode, diante dessa realidade cambiante, ser apenas um instrumento de

---

14 Devido ao progresso do pensamento e do conhecimento e ao aumento do domínio sobre as forças do mundo físico, passaram a existir novas possibilidades de crescimento, dando origem a novas exigências que devem ser satisfeitas, se não se quiser frustrar aqueles que as manifestam (RUSSELL, 1958, p. 13).

15 Não sem razão Carlos Maximiliano, citando Jean Cruet (s/d, p. 69), diz: “A jurisprudência é um perpétuo comentário, que se afasta dos textos ainda mais porque é, malgrado seu, atraída pela vida.”

estabilização e de ordem<sup>16</sup>. Assume, por imperiosa necessidade da vida, uma função revolucionária: mudar para preservar ou resgatar uma ordem justa.

O Direito guarda uma inocultável vocação pragmática, estando predisposto, como instrumento da sã racionalidade humana, a resolver e a equacionar problemas. Não se fazem leis pelo prazer bizantino de fazê-las<sup>17</sup>, mas para montar esquemas práticos de proteção de interesses e anseios legítimos dos cidadãos.

Um sistema jurídico não é montado com o fim de ser apreciado em seus detalhes teóricos ou sutilezas estéticas, mas para lidar com questões práticas e funcionais, criar normas de regulação do convívio humano, propiciar a resolução justa de conflitos, garantir a adoção de medidas ordenadoras etc. O ethos do Direito é profundamente pragmático e utilitário.

Para evitar a terrível acusação de um jurista americano de que o “direito é apenas um mecanismo vazio, desprovido de conteúdo específico próprio e recebendo seu conteúdo das várias instituições não jurídicas” (HALL, s. d., p. 111), o Ministério Público, como um dos principais aplicadores e intérpretes do Direito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas

---

16 O direito, embora condicionado pelas realidades (cultural, econômica, social e política) do meio em que se manifesta, age também como elemento condicionante. Há uma ativa interação entre todos os componentes de um complexo cultural. Cada um desses componentes ou elementos que exercem influência na vida social são, ao mesmo tempo, condicionante e condicionado. Assim, por exemplo, o fenômeno jurídico é, por esse modo, reflexo da realidade social circundante, mas também fator condicionante dessa realidade.

17 Diz textualmente Sieyès (1988:04-05): “Não se fazem leis pelo prazer de fazê-las...O legislador é estabelecido não para conceder senão para proteger nossos direitos”. O direito deve ser entendido como uma regulação predominantemente útil (ZIPPELLIUS, 1997, p. 31; FERRARA, 1987, p. 130).



de progresso social dentro de uma cultura de inovação e de contínuo reajuste. E para isso é preciso sair dos gabinetes e encontrar-se com o Direito nas ruas, deixando de ser apenas um feixe de competências a serviço do Estado (FOUCAULT, 1979, p. 9).

Chegado a esse ponto, percebe-se claramente que o Ministério Público se debate entre dois tipos ideais de promotor: promotor de gabinete e promotor de fatos. O primeiro tipo pode ser definido como aquele que, embora utilize procedimentos extrajudiciais no exercício de suas funções, dá tanta ou mais relevância à proposição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos processos judiciais dos quais está encarregado. Detalhe: o promotor de gabinete não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização de organismos governamentais e não governamentais. O segundo tipo, o promotor de fatos, conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas à sua área, dá tanta ou mais importância ao uso de procedimentos extrajudiciais, mobilizando recursos da comunidade, acionando organismos governamentais e não governamentais e agindo como articulador político (SILVA, 2001, p. 134-135).

Por fim, pode-se dizer que uma gestão da atividade-fim do Ministério Público para alcançar resultados (um Ministério Público resolutivo) deve apresentar algumas características ou adotar certas medidas: I- uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados, pondo destaque na formação de agentes de iniciativa e de mente aberta que escutem com interesse ideias novas; II- introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução; III- inserção de uma mentalidade em que o promotor perceba que entre as atribuições constitucionais e a lei há um significativo espaço

para definir prioridades e criar métodos de trabalho (SILVA, 2001, p. 127); IV- estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação. V- criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

#### **4. Busca por uma identidade própria ao Ministério Público**

A consolidação do perfil resolutivo do MP, além de conferir maior agilidade na resolução dos conflitos sociais, empresta uma identidade própria à instituição. Doravante, o MP não se faz conhecido ao povo somente pelo atuar processual, alimentando na cabeça do vulgo a falsa crença de que não passa de um apêndice (passivo) do Judiciário. Esse conjunto de ideias e de práticas que acompanha a dinâmica resolutiva da instituição tem a força de deslocar o centro de gravidade do Ministério Público para si mesmo, afastando-o da dependência ou da submissão a elementos extrínsecos e colocando em suas mãos o curso de seu destino.

Estimular e aperfeiçoar os mecanismos resolutivos conquistados pela instituição pode propiciar que ela, por conduzir seus próprios procedimentos e ter o domínio sobre o curso a ser atribuído a cada um, tenha um maior conhecimento sobre suas estruturas e seus mecanismos de ação. Este autoconhecimento institucional implica maior fortalecimento no desempenho das atribuições conferidas pela Constituição, pois não pode ser senhor de si e de suas ações quem antes não se compreende. E aqui não podemos esquecer a clássica lição do maior dos estrategistas:

If you know the enemy and know yourself, you need not fear the result of a hundred battles. If you know yourself but not the enemy, for every victory gained you will also suffer a

defeat. If you know neither the enemy nor yourself, you will succumb in every battle. (TZU, 2003, p. 18)<sup>18</sup>.

## 5. Diferenças entre o MP Demandista e o MP Resolutivo

MP Resolutivo	MP Demandista
Proativo	Reativo
Assunção de responsabilidade	Transferência de responsabilidade
Proximidade com o cidadão	Distanciamento da comunidade
Resgate da legitimidade democrática	Perda de legitimidade democrática
Problemas complexos e sem uma fórmula predefinida	Problemas submetidos a um exercício intelectual (lógica legal-racional)
Trabalho criativo e pragmático	Trabalho rotineiro e formal
Unidade de ação e domínio de seu curso	Ação difusa, mecânica e burocratizada
Busca por resultados (“fazer a diferença”)	Indiferença por resultados extra-autos (ou extraprocessuais)
Art. 127 da CF: Ao MP incumbe: “...a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.	Art. 1.º da LC n. 40/81: “O MP, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é <i>responsável</i> perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis...”.  Art. 127 da CF: “O Ministério Público é instituição permanente, <i>essencial à função jurisdicional do Estado...</i> ”.

### 5.1. Proatividade e reatividade

O Ministério Público de perfil demandista se caracteriza por simplesmente reagir aos fatos sociais, aguardando que os fatos se tornem patológicos, conflituosos, para serem sub-

18 Tradução livre: “Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, você não precisa temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece, mas não o inimigo, para cada vitória ganha você sofrerá também uma derrota. Se você não conhece nem o inimigo nem a si mesmo, você sucumbirá em cada batalha”.

metidos à apreciação judicial. É uma postura institucional reativa (inercial, fragmentária) a negar parcela valiosa de atribuições extrajudiciais do MP e que se inspira no antigo art. 1º da Lei Complementar 40/81:

O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é *responsável perante o Judiciário*, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis [...] (BRASIL, 1981, grifo nosso).

Ultimamente, a instituição tem sido obrigada a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutiva, em que seus recursos e esforços são concentrados na busca por respostas preventivas para os problemas comunitários. Em vez de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada ao crivo judicial), o MP passa a trabalhar a fim de solucionar os próprios problemas em conjunto com a comunidade. Neste novo perfil institucional, o promotor de Justiça assume um caráter antecipador, ou seja, passa a se antecipar aos fatos, nutrindo uma nova atitude mental e uma renovada disposição para a ação.

## **5.2. Assunção e transferência de responsabilidade**

O MP demandista funciona como uma correia de transmissão: simplesmente transmite o conflito social às mãos do Judiciário e, ao fazê-lo, perde sensivelmente o controle do curso e do tempo da ação para solucionar o conflito, submetendo-se aos mecanismos emperrados da máquina judiciária.

Além disso, assume uma postura burocrática de “evitar responsabilidades” (shuns responsibility) (MACLIVER, 1965, p.

241), refugiando-se por trás da máquina do Judiciário. Duas situações podem ocorrer: a justiça soluciona a contento o conflito ou não. Em ambas as situações, o promotor demandista, de forma oportunista, obterá alguma vantagem. Se o resultado for sem relevância social, terá um bode expiatório ao alcance da mão (a ineficiência judicial); se obtiver êxito, colherá os frutos de uma demanda iniciada por ele.

Já o perfil resolutivo assume, primariamente, a responsabilidade de conduzir um conflito com o objetivo de encontrar-lhe a solução mais adequada.

### **5.3. Proximidade e distanciamento da comunidade**

O promotor resolutivo, por lidar com problemas cuja abordagem não dispõe de fórmula predefinida, tende a dialogar mais, a buscar soluções que têm na persuasão um elemento importante e, por isso, proximidade maior com o cidadão e com a comunidade.

O grande mérito de uma autoridade democrática é fazer com que o poder que lhe é atribuído tenha sua maior expressão na persuasão. As sociedades democráticas impõem um esforço justificativo especial daqueles que exercem o poder. O mero argumento de autoridade já não satisfaz no âmbito de uma cultura que desconfia do poder e que se nutre do pluralismo (VIGO, 2010, p. 56). E no dizer de B. Russell (1949, p. 139), o derradeiro objetivo de qualquer reformador que tenha em vista a liberdade só poderá ser atingido mediante persuasão. A tentativa de impor-se a liberdade pela força, ou naked power, na definição do próprio Russell (1948, p. 39) sobre aqueles que não desejam aquilo que consideramos liberdade, terá sempre de constituir um fracasso.

Em toda sociedade há um elemento de força e um elemento de persuasão, e onde seu progresso e desenvolvimento dependem mais da persuasão e menos da força, temos uma melhor sociedade (MURRAY, 1941, p. 50), dada a perspectiva factível de minimização dos conflitos.

Não há espaço na arena jurídica, ensina Atienza (1991, p. 25), para o determinismo metodológico (em que as decisões jurídicas não precisam de uma justificação, porque procedem de uma autoridade legítima ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais), nem para o decisionismo metodológico (em que as decisões jurídicas não podem ser justificadas, já que são puros atos de vontade). Exigem-se hoje, em tempos de expansão do princípio democrático, razões justificativas (e não meramente explicativas) a fim de que sejam identificados os valores que tornam decisão correta, boa e conveniente para uma dada situação.

A aplicação pura e simples da lei sem uma justificação especial pelos meios judiciais conquista a submissão do cidadão pelo temor da pena, mas não conquista a cooperação ativa.

O agente demandista, por conta dos ritos e da linguagem que envolvem os processos judiciais, sem falar na ambiência solene e formal, cava um abismo entre si e a comunidade. Esse distanciamento e desconexão entre o agente ministerial e o sistema social resulta numa deformada e insuficiente resolução dos conflitos de uma sociedade democrática pós-moderna.

#### **5.4. Perda e resgate de legitimidade democrática**

O confinamento do promotor em seu gabinete cumprindo prazos e procedimentos mecânicos torna-o, na prática, um burocrata sem responsabilidade perante a população. Essa

burocratização da instituição ministerial a afasta cada vez mais dos parâmetros democráticos. O perfil resolutivo reaproxima os membros da comunidade e de seus problemas, possibilitando o resgate da legitimidade democrática.

### **5.5. A forma de solucionar os problemas**

O Ministério Público demandista encaminha os problemas como num jogo de palavra cruzada: junta os fatos na horizontal e aguarda as soluções na vertical num estreito exercício intelectual guiado por fórmulas processuais, mais ou menos mecânicas, num trabalho rotineiro. A vertente resolutiva da instituição lida com problemas complexos. Ainda não reduzidos à procedimentalização oficial, carentes de uma abordagem uniforme e ortodoxa, estão a exigir um trabalho criativo de diálogo e de persuasão, uma nova forma de gestão e de resolução.

### **5.6. Trabalho criativo *versus* labor rotineiro**

Os conflitos conduzidos pelo MP Resolutivo são abordados de forma criativa. Na busca por uma solução substancialmente adequada (relevante socialmente), o perfil demandista contenta-se com respostas processuais mediante análise rotineira e formal de questões procedimentais. E tudo quanto se torna rotineiro perde, por uma lei universal, segundo Mill (1964, p. 78), o princípio vital e, não possuindo mais espírito atuante diante de si, continua a girar mecanicamente embora a obra a que se destina fique por fazer.

De fato, esse caráter mecânico e infrutífero se revela em muitas ações submetidas à justiça. Sem a resolução do mérito, acabam extintas, ou seja, não solucionam efetivamente o conflito. O Judiciário, embora tenha como função

“decidir” o conflito, na maioria das vezes não o elimina e a obra “fica por fazer”.

### **5.7. Busca por resultados efetivos (ou socialmente relevantes) e a indiferença por resultados extraprocessuais**

O Ministério Público puramente demandista nunca se preocupou em alcançar resultados socialmente relevantes, conformando-se com os prazos e os resultados processuais, já que a estatística e os números tanto na área cível quanto na criminal podem impressionar pela quantidade, mas não repercutem, da forma devida, nos complexos problemas sociais<sup>19</sup>.

E por que nas duas décadas seguintes à Constituição a instituição não se despertou para o problema? Porque as gerações de agentes ministeriais nutridas por esse modelo não se imaginavam dentro de uma estrutura política maior e cooperativa, com uma responsabilidade sociopolítica bem definida.

Por essa postura indiferente, burocrática e mecânica, o MP brasileiro, desde a Constituição de 1988 (que em suas disposições já o houvera dotado de uma nova roupagem), contraiu uma séria dívida política com a sociedade brasileira: a de participar ativamente na solução de problemas sociais como insegurança pública, degradação do meio ambiente, corrupção política, caos na saúde e na educação, ineficiência na prestação dos serviços públicos etc.

---

19 Nesse ponto ainda assiste razão a Herbert Spencer (1908, p. 68) quando diz que o Estado, nos pleitos, se preocupa mais em atender as regras do combate (normas processuais) do que fazer justiça à parte lesada (solucionar ou eliminar o conflito).



Essa dívida só começará a ser solvida quando o perfil resolutivo já indicado na CF/1988, art. 127, caput, for consolidado na prática diária dos milhares de promotores de Justiça espalhados pelo país. Dotada desse elan resolutivo, a instituição terá condições de lutar por resultados substanciais para a sociedade. Mas para isso precisa se colocar efetivamente dentro da estrutura política do Estado.

## **6. Estratégias de crescimento institucional que privilegiam o demandismo**

### **6.1. Alegada hipossuficiência da sociedade e a função paternal da autoridade**

Durante os trabalhos constituintes, o MP, diante da hipótese da hipossuficiência da sociedade brasileira para conseguir mecanismos importantes na sua tutela, conseguiu, inclusive, impedir a criação do ombudsman, sob o argumento de que já existia uma instituição apta a desempenhar as mesmas funções, o próprio Ministério Público. A partir da Constituição de 1988, conforme Arantes (2007, p. 327) constatou-se no Brasil uma espécie de subsistema jurídico caracterizado pelo surgimento de novas leis que substituem a titularidade individual pela titularidade supraindividual de direitos por meio do qual o MP se vem transformando em *órgão tutelar da sociedade*.

O Estado democrático é extremamente expansivo<sup>20</sup> e de pouco senso de responsabilidade histórica, pois tende a exercer tutela sobre a sociedade e o indivíduo só comparável ao Estado totalitário. Até mesmo o antigo Estado absoluto, como diz Ortega y Gasset (1987, p. 130), respeitava

---

20 “Todo poder político, seja tirânico ou democrático, é, por essência, expansivo” (GADAMER, 2001, p. 90).

instintivamente a sociedade. Essa tendência tutelar busca fortalecer o Estado democrático à custa da sociedade e do indivíduo, e para isso a estratégia é interferir (e restringir) em suas esferas próprias e autônomas. É a criatura nutrindo-se dos criadores.

Quando o Estado ou suas instituições (ORTIGÃO, 1888, p. 136) se constitui protetor ou tutor universal da sociedade torna-se objeto de uma superstição grosseira e perigosa. A fé posta na proteção do Estado é uma derivação da fé no milagre, que dissolve as aptidões, as iniciativas, todas as forças de uma sociedade.

Há uma firme crença de que o Estado democrático, ao responder ao desejo da maioria, deve conceder remédio a qualquer espécie de miséria humana. E nessa circunstância de aliviar dores não ocorre a ninguém pensar se existem outros meios ou recursos para evitar algumas delas ou se aquelas tratadas em cada caso concreto efetivamente receberam um tratamento compatível à situação dada. E é claro que a intervenção do Estado a cada desvirtuamento ou miséria da sociedade ou do indivíduo gera uma espécie de círculo vicioso. À medida que aumenta a intervenção governamental, mais se fortalece o pensamento de sua necessidade e com mais insistência se pede a sua extensão. Instala-se uma espécie de “estatolatria”.

E essa “estatolatria”, vertida no vazo de acionar o Estado para solucionar todo e qualquer problema, acaba tornando a estrutura estatal pesada e ineficiente pois, como diz Spencer (1977, p. 38), cada nova regulamentação (ou intervenção) implica a nomeação de novos servidores, aumento da burocracia e do poder dos órgãos administrativos.

A doutrina do estatismo (no caso do MP, o demandismo) implica a estatização da vida, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado, ou seja, a anulação da espontaneidade histórica, que definitivamente sustenta, nutre e impulsiona os destinos humanos. Quando a massa se sente insatisfeita, ou simplesmente tem algum forte desejo, é para ela uma grande tentação essa possibilidade permanente e segura de conseguir tudo sem esforço, luta, dúvida ou risco, sem precisar fazer nada além de apertar a mola e ligar a portentosa máquina estatal (no caso, representar ou requerer ao Ministério Público).

Para os defensores do estatismo (HOBHOUSE, 1927, p. 136), os diretores da democracia são criaturas ignorantes que podem ser arrastadas facilmente pelo caminho que devem seguir como se fossem ovelhas. A arte de governar consiste em conseguir que os homens façam o que querem as inteligências diretoras sem que saibam, realmente, o que estão fazendo, sendo conduzidos sem mostrar-lhes o fim perseguido até que seja já demasiado tarde para voltar atrás.

Essa teoria concebe os homens como conglomerados de seres pessimistas e débeis a que se deve tratar protetivamente. O Estado não pode ser um narcótico paralisante das ações individuais produtivas, mas um estímulo para o esforço pessoal.

A noção de que a sociedade precisa ser tutelada é uma dessas verdades parciais que levam a erros como o de que o povo ainda não está maduro para viver a democracia plenamente. Daí precondições para o exercício da democracia num desdobramento lógico fácil de alcançar e de aceitar.

Qualquer corpo social cuja autonomia seja permanentemente substituída pela autoridade paternalista é mantido num

estado perpétuo de infância e dependência. Consequentemente, se as decisões coletivas sempre forem tomadas por autoridades paternalistas isso significa claramente que, no âmbito dos negócios públicos, as pessoas jamais sairão da infância política e obterão cidadania plena.

A tutela da sociedade pelo Estado (entenda-se, suas múltiplas instituições) ou uma autoridade de tipo paternal pode até ser legítima, desde que seja provisória e parcial, principalmente em sociedades desassistidas econômica e socialmente ou imaturas porque o fim principal dessa tutela é proporcionar a capacidade de a sociedade dirigir-se a si mesma. Se a autoridade estatal prolonga-se além da época prevista para desaparecer, falha em alguma coisa; se ela própria prolonga-se, e para tal se organiza, pratica abominável abuso. O uso desse poder tutelar, função paternal da autoridade, no dizer de Y. Simon (1955, p. 16), tem caráter substitutivo e pedagógico e, portanto, aspira ao próprio desaparecimento.

Em relação ao bem próprio, quer do indivíduo quer do grupo, a possibilidade de autogoverno determina o desaparecimento da autoridade; e a possibilidade de progresso em direção ao autogoverno cria, para a autoridade, a obrigação de encaminhar-se em tal sentido. A indevida procrastinação do autogoverno nunca se pode escusar à invocação do princípio de autoridade de tipo paternal, no qual se inclui o requisito de gerar a autonomia. Na medida em que um governo (em todos os seus setores) exerce autoridade paternal, é tranquilamente certo se afirmar que o melhor governo é o que menos governa (SIMON, 1955, p. 23). O exercício bem-sucedido da autoridade está em condições de desaparecer ou ter reduzido seu alcance.

O dinamismo da autonomia contido na essência do estatismo ou da autoridade paternal conforma-se ao espírito de-

mocrático. Mas seu alcance ainda é maior, pois é traço comum a todo governo justo, democrático ou não. Um regime democrático que procede de acordo com a justiça não pode exercer autoridade do tipo paternal sem se dedicar, ao mesmo tempo e de forma completa, ao esforço de criação da autonomia. Um regime não democrático, desde que justo, não agirá diferentemente. É uma questão de justiça, não de democracia, a extinção da autoridade paternal por força da possível realização da autonomia (pessoal e coletiva).

O estatismo é precário e um sucedâneo à autorregulação social por não oferecer meios eficientes para uma educação cívica do povo. O ambiente democrático é o melhor educandário para o povo, que passará a aprender dentro do próprio processo democrático a tornar-se responsável por seu destino. Sem vivência democrática não se formará no povo a ideia do que seja democracia (os hábitos democráticos só praticando se adquirem), o que, similarmente, ocorre ao cego de nascença que não tem a noção de cor, nem o surdo a dos sons, e que experimentam um choque quando pela primeira vez são expostos a tais sensações. Bom ou ruim, o som e a cor devem ser experimentados pelo indivíduo falto de sensibilidade apurada, assim como a democracia, pelo povo carecido de condições ideais de cultura ou de riqueza.

A prática democrática com seus desdobramentos procedimentais (igualdade política, sufrágio universal, participação efetiva etc.) é tão importante que chega a neutralizar diferenças de capacitação intelectual. Para esta neutralização basta que seja conferido um considerável relevo à informação e à discussão dos negócios públicos, com exposição clara das questões para possibilitar ao cidadão participante um entendimento perfeito.

Se a melhor ordem política é aquela na qual os membros ganham, individual e coletivamente, maturidade e responsa-

bilidade ao enfrentar escolhas morais, eles devem ter a oportunidade de errar ou de agir corretamente com autonomia, que também se aplica a um povo. Privado da autonomia e governado por guardiães (instituições como Ministério Público, Judiciário etc.), o povo tem menos probabilidade de desenvolver um senso de responder por suas ações coletivas. Na medida em que é autônomo, pode às vezes errar e agir injustamente (DAHL, 2012, p. 306), mas com o tempo aprenderá a atuar com responsabilidade e justiça.

Ao adotar a hipossuficiência da sociedade para se arvorar em seu defensor legítimo, o Ministério Público adotou uma política institucional de vistas curtas e fortaleceu o estatismo implícito em tal doutrina (retardar o ímpeto emancipatório da sociedade brasileira e privilegiar o seu perfil demandista), pois era a vitrine que, na época, melhor o expunha aos olhos da sociedade.

Todavia, a emancipação da sociedade civil da autoridade paternal ou do estatismo libera energias para cujo domínio se requer revigorado esforço e nova mentalidade institucional. E essa nova mentalidade parece ser a via que leva ao Ministério Público Resolutivo.

## 6.2. A prática de “ocupar espaços”

Historicamente, o Ministério Público adotou a política de “ocupar espaços” a todo transe, numa ampliação de suas atribuições como forma de se firmar e se fortalecer como instituição (RODRIGUES, 1999, p. 133; SINHORETTO, 2006, p. 173)<sup>21</sup>. Além disso, o legislador infraconstitucional tem, a

---

21 O Ministério Público por muitos anos procurou atribuições, sendo generoso o legislador, sempre se lembrando da instituição quando não tinha para quem destinar as atribuições. Os tempos mudaram e o Ministério Público precisa abdicar de atribuições que não digam respeito ao seu novo perfil constitucional. É preciso conscientização de novos tempos e coragem de deixar de lado atribuições dispensáveis, de interesse individual e de pouca ou nenhuma repercussão social (Santin, 1999, p. 141).

todo propósito, aberto novas formas de intervenção do MP, seja quando regula a proteção ao idoso, à criança e ao adolescente, ao portador de deficiência etc., seja no que se refere a questões fundiárias, parcelamento do solo urbano, usucapião, defesa de investidores no mercado financeiro etc.

Há sem dúvida alguma, como fruto dessas posturas, uma sobrecarga funcional dos membros do Ministério Público na área civil nem sempre compatível com a letra e o espírito da Constituição Federal. Por tal perspectiva, não é difícil lobrigar a impossibilidade prática de a instituição se desincumbir de todas essas atribuições de forma substancial e formalmente adequada. E essas dificuldades funcionais têm rendido algumas críticas nem sempre justas. No dizer de Marchais (1974, p. 44), “sobrecarregam o burro e gritam com indignação quando ele tropeça”.

Se uma instituição é criada e estruturada constitucionalmente com o propósito expresso e exclusivo de atender a certos objetivos, é provável que realize essa tarefa com alguma vitalidade. Todavia, se os objetivos não são bem definidos ou são desvirtuados, abrindo margem a que se agreguem novas atribuições, há uma tendência natural a certo relaxamento institucional no desempenho. Por isso que a política de “ocupar espaços” pelo MP trouxe inúmeros prejuízos à instituição, cujo preço começa a ser cobrado pela insurgência de contrainstituições.

Atualmente, a preocupação sobre as atribuições do Ministério Público gira em torno da eficiência e da efetividade da intervenção do MP, especificamente no processo cível. E para tanto a solução que se apresenta, jurídica e tecnicamente adequada, é uma categoria dialeticamente paradoxal: a restrição/ampliação de suas atribuições. A restrição diz respeito às atribuições compatíveis com sua finalidade constitucional

(“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”). A ampliação liga-se à atuação dentro destes limites finalísticos e constitucionais, de forma qualificada e largos mecanismos disponíveis, conforme a máxima consagrada de que quem tem fins deve dispor de meios. Esse enxugamento de atribuições, sob o foco da Constituição, ajuda a tornar a instituição flexível e adaptada às potencialidades e exigências de uma nova época em que a busca por resultados e eficiência é o núcleo vital.

### **6.3. Modelo de equiparação ao Judiciário (garantias, prerrogativas, vedações, estrutura e divisão funcional)**

O Ministério Público adotou durante anos, como fórmula de crescimento e evolução institucional, a equiparação à Magistratura. Cresceu, permitam-nos o prosaísmo, como uma anêmona grudada num tubarão! Graças a isso e a toda uma doutrina construída em torno, a instituição se firmou como essencial e fundamental ao regime democrático, sendo insculpida constitucionalmente em matizes bem fortes.

Todavia, tudo tem preço: a assemelhação ao Poder Judiciário, que se refletiu em sua organização administrativa e de carreira, em sua postura funcional, na natureza de suas atribuições, provocou um fenômeno que se poderia chamar de “jurisdicionalização” do Ministério Público e perda de identidade.

Há quase 20 anos, Freyesleben escrevia que o Ministério Público:

[...] recebeu novas e importantes atribuições com a nova ordem constitucional sem a correspondente estrutura para exercê-las a contento. E que a estrutura foi criada e é mantida para ser composta de Promotores de Justiça pareceristas. O grande defeito do Ministério Público está em se-



guir vivendo à semelhança da estrutura do Judiciário. Este sim, pode e deve ter estrutura de pareceristas! O Ministério Público é dividido em entrâncias e em instâncias, porque assim se divide o Judiciário. Na administração, possui os mesmos e correlatos órgãos, alterada a denominação, mas funcionando identicamente e para os mesmos propósitos. Não há uma única Promotoria de Justiça que não exista em razão de uma Vara. Esse é o problema estrutural do Ministério Público e que, se não resolvido, continuará lhe afetando e emperrando. [...] A maior dificuldade residirá na ruptura com uma mentalidade que não consegue ver um promotor sem juiz. (FREYESLEBEN, 1993, p. 162-163).

Toda essa doutrina de equiparação e de simetria colocou o Ministério Público na órbita do Judiciário como um satélite, uma peça acessória, sem identidade e sem um objetivo institucional que não seja o de eternamente despachar processos e cumprir prazos processuais, alheio aos reais problemas sociais que constituem o pano de fundo de todo litígio ou demanda judicial.

Ao adotar esse hábito mimético de pleitear todas as garantias do Judiciário ao longo de sua evolução institucional, o MP colheu onde não semeou. Esgotado este modelo, assume a instituição a hercúlea tarefa de arregaçar as mangas e provar, com trabalho eficiente, que faz jus a todas as garantias e prerrogativas que lhe foram atribuídas por descolamento da estrutura judiciária.

## **7. Causas que levam ao MP Resolutivo**

### **7.1. Amadurecimento democrático da sociedade (expansão do princípio democrático)**

Vivemos um novo movimento, uma nova onda, que poderíamos denominar de a segunda onda da era contemporânea

do Ministério Público. É o movimento da eficiência, da busca por resultados e legitimidade social, de um novo perfil institucional mais adequado à quadra histórica de aprofundamento e amadurecimento democrático.

Esse movimento é simbolizado pela Emenda Constitucional nº 19/1998 que, entre outras medidas, guindou a eficiência a princípio constitucional da Administração Pública, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Se uma lição segura pode ser extraída da história política é a seguinte: o povo é impelido por vários sentimentos e impulsos conflitivos, tendo necessidades e exigências que variam de tempos e tempos (MACLVER, 1965, p. 8). Por isso, o ambiente democrático gera demandas com muita rapidez, mas se revela lento em atendê-las. Ou como diz N. Bobbio (1986, p. 36), a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil. E essa tendência reivindicativa se aprofunda com o processo de amadurecimento democrático de uma sociedade que se vem tornando cada vez mais cônica de seus direitos, exigente e participativa.

O desenvolvimento pessoal e coletivo que alguns autores atribuem à cidadania numa ordem democrática é, em grande parte, moral (DAHL, 2012, p. 163): a aquisição de um senso mais maduro de responsabilidade pelos próprios atos, uma consciência mais ampla dos efeitos dos próprios atos sobre outrem, uma disposição maior para refletir sobre as consequências desses atos para os outros e também para levá-las em consideração, e assim por diante. É provável que poucas pessoas venham contestar a premissa normativa de que é desejável promover o crescimento dessas qualidades.

O ímpeto ascensional da cidadania democrática sempre foi um fator atuante nas incessantes transformações do Estado.

Toda a estrutura de poder, em consequência, sofre um processo contínuo de mudança. Todo avanço ou conquista social aumenta o ímpeto por novas conquistas.

Forças novas penetram em nossa sociedade, como o largo desenvolvimento tecnológico com suas repercussões sociais e econômicas, o incremento da industrialização, especialização e alto nível de urbanização, uma grande diversidade ocupacional, ampla alfabetização, a organização de poderosos grupos industriais e financeiros, de organismos internos e externos, a facilidade das comunicações e um ritmo avassalador de mudanças que revoluciona os encargos e as responsabilidades do Estado e de suas instituições.

À medida que a sociedade democrática evolui, bem como se intensificam o sentimento democrático e os instrumentos postos à sua disposição, cresce também seu nível de exigência em relação ao Ministério Público. Se a instituição deixa de responder eficazmente às contínuas e cada vez mais complexas demandas sociais (DIAS JÚNIOR, 2005, p. 714), corre o risco de, cedo ou tarde, ter sua legitimidade de defensora da sociedade questionada.

## **7.2. Crise do Poder Judiciário**

O Judiciário sempre se notabilizou por ser uma instituição extremamente conservadora. De acordo com Wollkmer (2000, p. 186), os magistrados são homens de mentalidade conservadora em relação a todos os grandes problemas econômicos, sociais e políticos da sociedade, e as autoridades governamentais responsáveis pela nomeação e promoção dos juízes buscam, quase sempre, favorecer àqueles que justamente reúnem tais concepções reacionárias.

No cenário pré-1988 e até nos poucos anos seguintes à promulgação da Constituição, bem ou mal o Judiciário respondia às demandas da sociedade e às do MP (ainda não tornadas complexas pela expansão do princípio democrático). E como o Ministério Público demandista retirava seus dividendos de reconhecimento da atuação perante o Judiciário, esse modelo atendia plenamente às expectativas institucionais.

No momento em que o Judiciário se mostrou ineficiente em atender às demandas dos novos tempos (interesses coletivos, difusos e metaindividuais)<sup>22</sup>, e sendo o Ministério Público o agente mais importante na defesa de direitos coletivos pela via judicial, a instituição se ressentiu. Afinal, sua sorte estava atrelada à do Judiciário e não gozava do status de “Poder”. E essa inoperância coincidiu com uma maior exigência da sociedade por eficiência de suas instituições. A partir daí, o Ministério Público se viu obrigado a buscar alternativas de fortalecimento institucional, visto que o puro demandismo era modelo esgotado ou, no mínimo, em profunda crise.

## **8. Exigências e desafios trazidos pelo novo modelo resolutivo**

### **8.1. Nova leitura do postulado da independência funcional**

A Constituição, ao dotar o Ministério Público de unidade e indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF), possibilitou a qualquer agente ministerial (com base no Direito e em sua consciên-

---

22 A dificuldade de obter uma tutela jurisdicional satisfatória no âmbito dos direitos sociais reside no caráter coletivo desses direitos. Ainda que se possa dizer que cada indivíduo tenha um direito à saúde, um direito à educação, ao trabalho e à moradia, a realização desses direitos é algo que só é possível se pensada coletivamente. Os procedimentos judiciais, sobretudo no Brasil, não estão, contudo, aptos a dar vazão a pretensões judiciais dessa natureza. Todo direito processual é pensado – e as raríssimas exceções não mudam esse quadro – para uma litigância individual (SILVA, 2011, p. 243).

cia) imputar sua vontade funcional à instituição (Carneiro, 1995, p. 43-44). Qualquer ato praticado por um promotor ou procurador de Justiça, no exercício de suas funções, automaticamente é atribuído ao Ministério Público. Não há dualidade de pessoas (ente curador dos direitos ou interesses – MP – e a pessoa que os exerce – membro) como na representação, legal ou voluntária. Há unidade: uma só pessoa – a pessoa coletiva, a instituição – persegue o seu interesse, mas mediante pessoas físicas – as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos.

Diante disso, seria extremamente traumática para a instituição a existência de tantos interesses ou vontades quanto fosse o número de membros a compô-la, ou ainda a justaposição de promotorias mais ou menos especializadas, sem diálogo e sem cooperação entre si. Não haveria convergência de energias, mas o caos anárquico e improdutivo conducente a uma espécie de anomia institucional que compromete todo o esforço coletivo antes que, pelo seu desenvolvimento necessário, tenha sequer a oportunidade de exercer-se. Os múltiplos agentes independentes devem repousar suas individualidades e idiosincrasias sobre um núcleo irreduzível que confira base segura para o desempenho linear das funções da instituição e não sobre fatores irracionais que interferem no curso da ação individual.

Um promotor do meio ambiente busca na sua atividade um aspecto específico do bem comum, mas há ao lado dele um corpo institucional que transcende a divisão de trabalho e tem como objeto próprio o bem comum geral. Reunidos todos os agentes, o promotor do meio ambiente não se dedicará exclusivamente ao meio ambiente. Na circunstância apontada, é um membro da instituição dedicado aos fins institucionais gerais compreendidos e desejados em sua integridade, com todas as relações de prioridade e intercâmbio.

bialidade que implicam o bem comum de uma sociedade. É uma tarefa árdua, todavia, abstrair do exercício de uma função ministerial específica para ressaltar o zelo pelos fins gerais da instituição. Aqui nos defrontamos com o maior dos inimigos: os hábitos mentais dos especialistas.

Os membros de uma estrutura administrativa e funcional como a do Ministério Público com frequência não compreendem, de modo suficientemente claro, o que coletivamente estão a fazer e que nem sempre desejam com igual entusiasmo, o efeito de sua ação comum. Isso indica que na medida em que há falta de conhecimento ou de engajamento afetivo (vontade, devotamento e senso de dever) ao objeto de ação comum, a instituição acaba sendo precariamente integrada, insuficientemente organizada e com um padrão incerto de eficiência.

Fortemente influenciada por antigos princípios doutrinários hauridos da tradição francesa, diz Mazzilli (2002), a Constituição brasileira de 1988 consagrou como princípios institucionais do Ministério Público a unidade e a indivisibilidade, mas, em vez de a eles acrescentar o princípio hierárquico do Parquet francês, ao lado dos primeiros somou o princípio da independência funcional.

Carvalho e Leitão (2010, p. 403), em estudo sobre o novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política, concluem que a independência funcional dos promotores e a conseqüente falta de uma estrutura hierárquica criam uma barreira à formação de políticas institucionais uniformes. Por um lado, existe alguma vantagem, já que os promotores e os procuradores têm mais liberdade para se adaptar às realidades específicas, “podendo tomar medidas inovadoras que seriam dificultadas se fosse necessário esperar uma ordem da cúpula do Ministério

Público” (KERCHE, 2003, p. 119)<sup>23</sup>. Por outro lado, esse desenho diminui a garantia de que todos os cidadãos devem ter seus direitos defendidos de forma isônoma.

De fato, como diz Yves Simon (1955, p. 27), a unidade de ação depende da unidade de juízo, e esta se obtém por via da unanimidade ou por via da autoridade; terceira hipótese não é concebível. Ou bem julgamos todos que devemos agir de um determinado modo, ou damos por entendido entre nós, que, sejam quais forem nossas preferências, assentiremos em uma só decisão e seguiremos a linha de ação que ela prescreve. Pode o juízo em questão ser formulado por uma pessoa com função dirigente, pela maioria, ou por uma maioria dentro de uma minoria dirigente: no caso, a diferença é mínima. Mas submeter-me a um juízo que não exprime, ou pelo menos pode não exprimir, o meu ponto de vista próprio a respeito de algo a se fazer, é obedecer a uma autoridade. Logo, se é incerta a unanimidade, e só quando o é se torna necessária a autoridade para assegurar a unidade de ação, o ponto está em saber se haverá um modo melhor que o casual de estabelecer unanimidade entre agentes independentes.

Se não se pode formatar a unidade de ação sobre o requisito da autoridade pelo fato de a instituição não possuir e nem aceitar constitucionalmente uma estrutura hierarquizada no viés funcional, sempre é possível que haja unanimidade ou assentimento majoritário em torno de propostas de ação. Basta que evidencie a todos uma inteligência científica. Num meio funcional constituído de agentes perfeitamente inteligentes, bem informados e virtuosos do Direito, haverá seguramente acordo entre eles quanto a juízos prudenciais

---

23 É inegável que a independência funcional gera novos pensamentos, ideias e ações inovadoras, impensáveis numa estrutura hierarquizada. A inovação, o passo a frente, decorre mais de uma insatisfação individual do que propriamente de um desejo do grupo homogêneo.

sobre a melhor forma de alcançar e de preservar o interesse público da comunidade – acordo que não é devido a nenhuma demonstração, mas à retidão comum de suas aspirações jurídicas e institucionais para o fim público.

É óbvio que a problemática da situação não reside no fim, mas nos meios para alcançar o fim. Se existe mais de um meio para obter o bem comum, nenhum deles goza de superioridade e fundamento de espécie alguma para a unanimidade. Qualquer divergência é permitida, sem que importe erro de vontade ou de inteligência. No caso do Ministério Público, o único meio disponível para atingir o fim comum é o Direito, sendo tanto possível a unidade de ação (por unanimidade ou por assentimento majoritário) quanto a exclusão da autoridade para a ação uniforme. Todavia, a independência funcional fundada na consciência de cada agente é um elemento que gera indeterminação dos meios para alcançar o fim. Variáveis como a falta de cultura, espírito de rotina, deficiência de intercambialidade e posições político-ideológicas fazem surgir uma pluralidade de meios nos quais, na realidade, existiria um meio só.

É por isso que o princípio da independência funcional deve ser pensado e operacionalizado sob novas bases, de modo a impedir que a instituição se disperse em múltiplas atuações individualistas e fragmentadas, sem obedecer a um somatório organizado de esforços tendente ao cumprimento das metas e atingimento dos objetivos estratégicos traçados institucionalmente.

## **8.2. Insuficiência de recursos materiais e humanos**

A assunção e a implantação consciente desse novo modelo resolutivo não podem ficar limitadas às iniciativas individuais de membros à frente de seu tempo, mas deve ser fruto de



um planejamento estratégico da própria instituição. Como objeto de uma ação coletiva e institucional, o novo método vai exigir um maior aporte de recursos materiais e humanos.

O atual modelo demandista requer um espaço físico mínimo para funcionar (muitas vezes não pertence à instituição, mas é cedido nas dependências dos fóruns e tribunais), material de escritório e tempo. Já o perfil resolutivo, por implicar um projeto identitário, exigirá, além de uma profunda e permanente capacitação dos membros, serviços auxiliares prestados por uma equipe técnica pericial e multidisciplinar de contadores, técnicos ambientais, especialistas em saúde, educação etc., e programas de aperfeiçoamento contínuo dos servidores.

### **8.3. Novo regime de capacitação e mobilização dos agentes ministeriais**

Com a ineficiência do modelo puramente demandista, surgem no horizonte institucional meios alternativos de resolução de conflitos sociais. Esses meios, entretanto, pressupõem uma instituição devidamente aparelhada tanto em estrutura física quanto humana para fazer frente aos novos desafios.

Como esse novo momento institucional implica quebra de paradigma, é necessário que os agentes ministeriais estejam devidamente capacitados para exercer as novas funções. Mediação, negociação, transação e conciliação são alguns mecanismos e técnicas de persuasão, de diálogo e de articulação que doravante farão parte do manual de aperfeiçoamento funcional do Ministério Público.

## 9. Ética dos resultados

A busca por resultados não pode romper as amarras éticas que pautam a instituição. Entre a ética dos princípios (amparada na moral deontológica como a kantiana) e a ética dos resultados ou das consequências (alavancada numa moral teleológica como a utilitarista), o pêndulo deve sempre acertar o compasso pela primeira. E nem poderia ser diferente, pois o Ministério Público é uma instituição jurídica que se desenvolve num Estado democrático de direito (entenda-se governo das leis e moderno constitucionalismo) e, embora seja “presentada” por chamados agentes políticos, não desempenha uma atividade designadamente político-partidária ou político-ideológica.

Como diz Bobbio (2011, p. 74), quem age segundo princípios não se preocupa com o resultado das próprias ações. Faz aquilo que deve, e que aconteça o que for possível (ética da convicção ou dos princípios). Quem se preocupa exclusivamente com o resultado não procede com muita sutileza no que diz respeito à conformidade dos princípios: faz o que é necessário para que aconteça aquilo que deseja (ética da responsabilidade ou dos resultados).

O juízo positivo ou negativo da ação desenvolvida pelo MP não será aferido tão somente pelo sucesso ou insucesso de suas iniciativas. É possível que haja uma coincidência entre os dois juízos (ética dos princípios e dos resultados). A observância de um princípio dá bons resultados ou os bons resultados só podem ser alcançados se observados os princípios. Mas, por vezes, principalmente no âmbito político, os efeitos bons dependem de certo afastamento ou completa inobservância dos princípios.

Diante da ética dos princípios estaria o MP impedido de buscar resultados? Não. O MP não pretende exclusivamente o resultado, mas o busca dentro da moldura das normas e dos princípios característicos do Estado democrático de direito. Até porque os meios devem ser apropriados ao fim, vistos como caminhos para constituir, por assim dizer, o próprio fim em processo de elaboração (MARITAIN, 1966, p. 60). Corresponde à hierarquia dos meios em que a ordem dos meios corresponde à ordem dos fins. Um fim digno (justiça, liberdade, segurança etc.) deve ser buscado por meios dignos.

O desvio de meios não se justifica nem pelos mais nobres e elevados fins, pois, no futuro, podem servir a outros propósitos e finalidades desagasalhados da excelssitude ética.

Além de tudo isso, como a resolutividade se dá principalmente no campo extraprocessual, o espaço para manobras (articulação, diálogo e estratégias de atuação) resulta maior e, portanto, é possível fazer uso de uma moral teleológica sem romper os limites éticos (derivados da ética dos princípios) autoimpostos à instituição.

## **10. Conclusões**

Frequentemente, o prestígio ou a autoridade gozada por algumas instituições durante um tempo considerável parece evaporar-se subitamente. Evapora-se pelo fato de fracassar em compartilhar novos valores e anseios sociais. Isso as priva da capacidade de reelaboração racional de um novo curso às suas práticas funcionais. Se o MP não acordar para a nova realidade social e buscar um reajustamento adequado pode, com facilidade, inserir-se no rol dessas instituições que perderam o ritmo da história.

Uma sociedade em constante mudança requer um contínuo reajuste de suas instituições para atender eficientemente às novas demandas. O Ministério Público, nesse contexto, apresenta-se como uma instituição moldada para defender os interesses não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática que sintetiza alguns desafios como:

I- O MP Resolutivo define-se como uma instituição que assume uma identidade proativa específica antes que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los sem a necessidade de demandar, *prima ratio*, a justiça.

II- O caráter resolutivo não implica combate irracional e iconoclasta ao perfil demandista da instituição, e nem poderia em face da Constituição, e sim o fortalecimento do perfil proativo. Esse perfil resolutivo não se desliga do passado e nem o nega, mas tende a ir adiante, atento às novas necessidades sociais e às circunstâncias históricas que apontam para um futuro certo. O Ministério Público exclusivamente demandista cumpriu sua história. Agora, para continuar sendo útil, deve ceder espaço e dividir a cena com o Ministério Público Resolutivo.

III- A dinâmica institucional resolutiva apresenta alguns atributos indispensáveis como proatividade, dinamismo, intersectorialidade, relação interna dialogal, planejamento, inovação, eficiência e gestão de resultados.

IV- A alegada hipossuficiência da sociedade, a doutrina de “ocupar espaços” e o modelo de equiparação ao Judiciário são estratégias de crescimento institucional que privilegiam o perfil demandista da instituição.

V- A expansão do princípio democrático (amadurecimento democrático da sociedade) e a crise do Poder Judiciário (ineficiência em responder às novas demandas sociais) são causas que levam ao perfil resolutivo do Ministério Público.

VI- O modelo resolutivo exige nova leitura do postulado da independência funcional, novo regime de capacitação e mobilização dos agentes ministeriais, insuficiência de recursos materiais e humanos disponíveis à instituição.

VII- O princípio da independência funcional deve ser pensado e operacionalizado sob novas bases, de modo a impedir que a instituição se disperse em múltiplas atuações individualistas e fragmentadas, sem obedecer a um somatório organizado de esforços tendente ao cumprimento das metas e ao atingimento dos objetivos estratégicos traçados institucionalmente. A cooperação e o diálogo interno podem temperar, nos limites constitucionais, o novo desenho desse princípio, fazendo com que a instituição ganhe vigor resolutivo.

VIII- O atual perfil binário do Ministério Público (demandista e resolutivo) engendra dois tipos bem definidos de agentes. De um lado, o promotor demandista (ou de gabinete): proponente de medidas judiciais e reativo; agente burocrático e processual; parecerista; preocupado com prazos e resultados processuais. De outro, o promotor resolutivo: agente antecipador e proativo (nova atitude mental e renovada disposição para a ação); agente político articulador; agente preocupado com positivas transformações na realidade social.

IX- O MP não é mais uma instituição que se ajusta mimeticamente à realidade, mas que aceita e acompanha as mudanças sociais e se revela capaz de resolver os novos problemas

que o cenário comunitário lhe apresenta. E nessa perspectiva o MP não se coloca apenas como mais um ator inserido nessa sociedade dinâmica, mas como um agente promotor dos reajustes sociais.

X- A consolidação do perfil resolutivo do MP, além de conferir maior agilidade na resolução dos conflitos sociais, confere uma identidade própria à instituição, fugindo à cega mecânica do demandismo. Esse conjunto de ideias e de práticas que acompanha a dinâmica resolutiva tem a força de deslocar o centro de gravidade do Ministério Público para si mesmo, afastando-o da dependência ou da submissão ao demandismo judiciário e colocando em suas mãos o curso de seu destino.

## 11. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Ministério Público e Justiça Social, 16., 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte, 2005. p. 609-617.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ; Sumaré, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público na fronteira entre a justiça e a política. *Justitia*, São Paulo, v. 64, n. 197, p. 325-335, 2007.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BEHRENS, Marilda Aparecida. A prática pedagógica e o desafio do paradigma emergente. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, DF, v. 80, n. 196, p. 383-403, 1999.

BERGSON, Henri. *L'évolution créatrice*. Paris: Quadrige; Presses Universitaires de France, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

BRASIL. Lei complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2017.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1995.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 399-422, 2010.

DAHL, Robert Alan. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto Dias. Um novo modelo de gestão: reflexos na atuação do Ministério Público. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 16., 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte, 2005. p. 710-726.  
DONIZETTI, Elpídio.

*Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DREISER, Theodore. *O pensamento vivo de Thoreau*. Tradução de Lauro Escorel. São Paulo: Martins, 1939.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUGEYROLLAS, Pierre. *A filosofia em questão*. Tradução de Roland Corbisier. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1960.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária: controle externo da atividade policial*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

FRIEDRICH, Carl J. *Tradition and authority*. London: The Pall Mall Press, 1972.

GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Tradução de João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 2001.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.



HOBHOUSE, L. T. *Liberalismo*. Tradução de Julio Calvo Alfaro. Barcelona: Labor, 1927.

JULIEN, Claude. *O suicídio das democracias*. Tradução de Marina Colasanti. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

KELLER, Suzanne. *O destino das elites*. Tradução de Luís Cláudio de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

KERCHE, Fábio. *O Ministério Público no Brasil: autonomia, organização e atribuições*. 2003. Tese (doutoramento)-Departamento de Ciência Política, USP, São Paulo, 2003.

LAPASSADE, Georges.; LOURAU, René. *Chaves da sociologia*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1972.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACLVER, Robert Morrison. *The web of government*. New York: Macmillan Co., 1965.

MAGEE, Bryan. *As ideias de Popper*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix; Edusp, 1974.

MARCHAIS, Georges. *O desafio democrático*. Tradução de Fernando de Castro Ferro. Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, 1974.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o estado*. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal. *Justitia*, São Paulo, v. 95, 2002.

MILL, John Stuart. *Governo representativo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma emergente*. Campinas: Papirus, 1997.

MURRAY, Gilbert. *El espíritu de libertad y la civilización*. Tradução de Juan Guixé. Buenos Aires: Editorial Losada, 1941.

NIETZSCHE, Friedrich. *Human, all too human*. Tradução de Marion Faber e Stephen Lehmann. New York: Penguin Books, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ORTEGA Y GASSET, José. *The revolt of the masses*. Anonymous translation. USA: W. W. Norton, 1957.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

ORTIGÃO, Ramalho. *As farpas*. Lisboa: David Corazzi Editor, 1888. (tomo 6, sociedade).

PAINE, Thomas. *Rights of man*. London: The Folio Society, 2007.

POLIN, Raymond. *Iniciação política: o homem e o estado*. Tradução de João dos Santos. Mira-Sintra (Portugal): Publicações Europa-América, 1976.

POPPER, Karl. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. (tomo 1).

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Valer, 1999.

RUSSELL, Bertrand. *Roads to freedom*. London: George Allen and Unwin, 1949.

RUSSELL, Bertrand. *Power: a new social analysis*. 6. ed. London: George Allen&Unwin Ltda., 1948.

RUSSELL, Bertrand. *Princípios de reconstrução social*. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.

SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias de; ARAÚJO, José Renato de Campos. O Judiciário e a prestação da justiça. In: SADECK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTIN, Valter Foletto. A reengenharia do Ministério Público: alguns aspectos. *Justitia*, São Paulo, ano 63, v. 185/188, p. 136-143, 1999.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SICHES, Recásens. *Tratado de sociologia*. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. 2. reimp. Porto Alegre: Globo, 1968. vol. II.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMON, Yves. *Filosofia do governo democrático*. Tradução de Edgard Godói da Mata-Machado. Rio de Janeiro: Agir, 1955.

SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*. 2006. Tese (Doutoramento)-USP, São Paulo, 2006.

SPENCER, Herbert. *L'individu contre l'État*. Tradução do inglês por J. Gerschel. Paris: Félix Alcan Éditeur, 1908.

TZU, Sun. *The art of war*. Tradução de Lionel Giles. New York: Barnes & Noble Classics, 2003.

URIS, Auren. *Liderança*. Tradução de Maria Thereza Quintella. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1967.

VEBLEN, Thorstein. *The theory of the leisure class*. New York: The Modern Library, 1931.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

WIESE, Leopold Von. *Sociologia: historia y principales problemas*. Tradução de Rafael Luengo Tapia. Barcelona: Labor, 1932.

**WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, estado e direito. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.**

**Artigo recebido em: 28/01/2014.**

**Artigo aprovado em: 08/03/2017.**

**DOI:**





**121 - 172**

*Artigo*

**MORTE CULPOSA NO TRÂNSITO E  
“RACHA”: ALTERNATIVAS À DUPLA  
TIPIFICAÇÃO INTRODUZIDA PELA  
LEI Nº 12.971/2014**

MARCEL FORTES PORTELA





# MORTE CULPOSA NO TRÂNSITO E “RACHA”: ALTERNATIVAS À DUPLA TIPIFICAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 12.971/2014

INVOLUNTARY VEHICULAR MANSLAUGHTER IN UNAUTHORIZED DRAG RACES:  
HOW TO SOLVE THE DOUBLE CRIMINALIZATION INTRODUCED  
BY FEDERAL STATUTE Nº 12.971/2014

MARCEL FORTES PORTELA

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília/DF

marcelfortes17@gmail.com

**RESUMO:** O objetivo desta pesquisa é apresentar alternativas à questão da dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de “racha”, introduzida pela Lei nº 12.971/2014. Optouse por investigar a questão sob o prisma estritamente judicial, do operador do direito, que lida com problemas deduzidos em juízo, sem se discutirem possíveis soluções legislativas. Buscou-se equacionar o problema da dupla tipificação da morte culposa no trânsito com base nos critérios e métodos tradicionais de interpretação da norma penal, para definir a intenção objetivada na lei (*mens legis*). Analisou-se se as modernas discussões em torno dos limites do controle de constitucionalidade de normas penais com fundamento no princípio da proporcionalidade impõem que se afaste a resposta proporcionada pelos métodos tradicionais de hermenêutica com base no princípio da vedação da proteção insuficiente/deficiente de bens jurídico-penais. Concluiu-se que uma interpretação que leve a sério os imperativos constitucionais de tutela e segurança suficientes aos bens jurídicos exige que se opte pelo tipo mais grave, a despeito de a hermenêutica penal tradicional resultar na aplicação da norma mais benéfica ao réu.

**PALAVRAS-CHAVE:** dupla tipificação da morte culposa em situação de “racha”; interpretação das normas penais; princípio do *in dubio pro reo*; princípio da proporcionalidade; vedação da proteção insuficiente.

**ABSTRACT:** This paper's objective is to present alternatives to the issue of the double criminalization of involuntary vehicular manslaughter in unauthorized drag races, introduced by Federal Statute nº 12.971/2014. We chose to develop the reasoning from the perspective of the judicial operator, who handles problems deduced in court, without discussing possible legislative solutions. Firstly, the dogmatic profiles of the two crimes of involuntary vehicular manslaughter in unauthorized drag races were drawn. Secondly, it was attempted to elucidate the conflict of norms by employing the traditional criteria and methods of interpreting the criminal statutes, to define the objectified intention contained in the law (*mens legis*). Finally, we analyzed whether the modern discussions about the limits of the judicial review of laws, on the basis of the principle of proportionality and of the prohibition of insufficient protection of legal interests, require that the answer provided by the traditional methods of criminal laws' hermeneutics be abandoned. We reached the conclusion that an interpretation that takes the constitutional imperatives of provision of sufficient security to legal interests seriously requires that we opt for the enforcement of the more severe criminal type, despite the traditional hermeneutics criteria resulting in the application of the more favorable norm to the defendant.

**KEY WORDS:** the double criminalization of involuntary vehicular manslaughter occurred in unauthorized races; interpretation of criminal statutes; *in dubio pro reo* principle; principle of proportionality; prohibition of insufficient protection of legal interests.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A lei nº 12.971/2014 e o perfil dogmático da morte culposa no trânsito em situação de "racha". 3. A resposta da hermenêutica tradicional para a dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de "racha". 4. A resposta da hermenêutica constitucional contemporânea para a dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de "racha". 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

O quadro desolador, de autêntica tragédia humanitária, vivenciado no trânsito, na maioria das nações desenvolvidas, tem produzido a percepção de que o conjunto normativo existente não é suficiente para fazer frente ao incremento da complexidade das relações de transporte, advindas do rápido crescimento populacional, do aumento descontrolado da frota veicular e da urbanização acelerada vivenciada nas últimas décadas. Essa situação gerou uma crescente produção legislativa em matéria de trânsito, que se tornou pauta prioritária dos políticos dos mais variados espectros ideológicos, em razão da visibilidade que proporciona. Essa produção legislativa alcançou também, como não poderia deixar de ser, a esfera penal, do que são exemplos: a nova "Lei Seca" (Lei nº 11.705 de 2008) e suas sucessoras (entre as quais a Lei nº 12.760 de 2012), que tornaram mais rígido o tratamento jurídico da embriaguez ao volante.

O Código de Trânsito Brasileiro possui um capítulo apenas para tratar dos "Crimes de Trânsito". Lá estão tipificadas diversas condutas delituosas, como o homicídio culposo, a lesão corporal culposa, a omissão de socorro e outras que mereceram tratamento diferenciado quando praticadas em situação de trânsito. O crime de participação em corrida não autorizada, o popular "racha", delito exclusivo da legislação de trânsito, também se encontra tipificado no referido capítulo.

Foi com vistas a punir mais severamente a prática do “racha”, bem como a ocorrência de lesões graves e mortes no trânsito que o legislador brasileiro editou a Lei nº 12.971/2014 (oriunda do Projeto de Lei nº 2.592/2007 da Câmara dos Deputados), de 09 de maio de 2014, aumentando as sanções administrativas (amplitude de multas) e alterando a redação do tipo penal e as penas de alguns crimes.

No que interessa, especificamente, ao problema a ser destacado no presente artigo, vale apontar que a lei parece haver inserido, como se irá detalhadamente demonstrar, em dois dispositivos diferentes, mas com quase idênticas elementares do tipo, dois crimes de morte culposa em situação de “racha”, atribuindo a cada um deles penas diferentes.

Assim, desde maio de 2014, existiriam dois tipos de morte culposa em situação de “racha” no Brasil. O primeiro estaria inserido como forma qualificada do homicídio culposo (art. 302, § 2º, do CTB), com a pena de dois a quatro anos de reclusão, e o segundo estaria inserido como forma qualificada do crime de “racha” (art. 308, § 2º, do CTB), com a pena de cinco a dez anos de reclusão.

O problema que concretamente se apresenta, portanto, é o seguinte: como equacionar juridicamente a questão da dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de “racha”, introduzida pela Lei nº 12.971/2014.

É fácil perceber que, admitindo-se que realmente ocorreu a dupla tipificação da mesma infração penal, a referida lei criou uma situação de terrível insegurança jurídica, que precisa ser adequadamente enfrentada pela doutrina. A existência de dois tipos criminais, com, praticamente, as mesmas elementares e com penas diferentes, produz um enorme risco de incrementar a já injusta seletividade do

Direito Penal, com indiciamentos, denúncias e condenações variando drasticamente, conforme o perfil socioeconômico/racial do acusado; assim se abre a possibilidade de que delegados, promotores e juízes acabem optando por um dos tipos criminais e por sua respectiva pena, de maneira mais ou menos arbitrária e irracional, em autêntico retorno a um Direito Penal do agente, e não do fato. A garantia constitucional de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal), pressupõe que a lei penal seja certa, inteligível, com âmbito de incidência bem definido.

Essa questão poderia se desdobrar em dois planos, o da aplicação normativa, ou seja, o do momento da decisão judicial, da busca de uma solução para o caso concreto, e o da fundamentação normativa, ou seja, o do momento da produção de uma lei nova. Mas os estreitos limites deste artigo impõem a opção pela análise de apenas um dos planos. Optou-se por investigar a questão sob o prisma estritamente judicial, do operador do direito, que lida com problemas deduzidos em juízo.

Assim, o que se buscará definir neste trabalho é qual dos dois tipos criminais de morte culposa no trânsito em situação de racha deverá prevalecer, empregando-se os critérios e métodos clássicos de interpretação da norma penal, em cotejo com as novas discussões sobre a vedação da proteção insuficiente de bens jurídico-penais.

A hipótese que se pretende verificar com a presente investigação, como já referido, é se o resultado interpretativo produzido pelos parâmetros tradicionais da hermenêutica penal liberal deverá ser afastado, por não ser a solução mais adequada da perspectiva de uma orientação comunitarista

do conceito de bem jurídico, que pressupõe um dever do Estado de assegurar-lhe proteção suficiente na ordem de valores da Constituição.

## **2. A lei nº 12.971/2014 e o perfil dogmático da morte culposa no trânsito em situação de “racha”**

A Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014, alterou o Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503/1997; introduziu alterações nos tipos de quatro delitos já previstos na legislação de trânsito (lesão e morte culposa no trânsito, embriaguez ao volante e participação em disputas automobilísticas não autorizadas, vulgarmente, conhecidas como “racha”), bem como incrementou as sanções administrativas correspondentes às infrações associadas a esses mesmos delitos.

O crime de homicídio culposo no trânsito, previsto no artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, apresenta a seguinte redação, após as recentes modificações:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - *detenção*, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º - No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 2º -Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

Penas - *reclusão*, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014). (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Observe-se que a redação do tipo básico, bem como suas penas (detenção de dois a quatro anos e proibição ou suspensão de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor) foram mantidas. Trata-se de um crime culposo, que, portanto, sempre ensejará a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, cumpridos os outros requisitos da legislação penal (ser o réu primário e fazerem-se presentes as outras circunstâncias pessoais que recomendam a substituição).

As causas de aumento de pena, que antes compunham o parágrafo único do artigo 302, permaneceram, passando a constituir os incisos do § 1º. A verdadeira modificação introduzida pela Lei nº 12.971 consta do novo § 2º do artigo 302. Pretendeu-se tipificar duas formas qualificadas do delito de homicídio culposo previsto no *caput*: quando o condutor do veículo se encontrar com a sua capacidade psicomotora alterada em razão de embriaguez alcoólica ou causada por outra substância entorpecente ou ainda quando o homicí-

dio ocorrer no contexto de uma corrida, disputa, competição automobilística ou demonstração de perícia em manobra de veículos não autorizada, o que caracteriza a situação configuradora do crime de “racha”.

As formas qualificadas de homicídio culposo no trânsito, no entanto, receberam a mesma pena de sua forma simples: de dois a quatro anos de prisão. O fato de o termo “detenção”, empregado no *caput*, haver sido substituído por “reclusão” não faz nenhuma diferença, a não ser de caráter simbólico. Com uma pena igual ou inferior a quatro anos de prisão e um réu primário, o regime de cumprimento de pena será o aberto/domiciliar, independentemente de se tratar de reclusão ou detenção. Na lógica do Código Penal vigente, a única diferença significativa entre a reclusão e a detenção é que apenas para crimes aos quais se comine a reclusão é possível se impor o regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade. Mas também caberá, desde o início, para condenados não reincidentes a uma pena igual ou menor que quatro anos o regime aberto, até porque a fixação do regime aberto não guarda relação com a espécie de pena (reclusão ou detenção), mas com a quantidade de pena (até 04 anos). E essa pena de prisão em regime aberto será quase sempre substituída por uma restritiva de direitos (art. 44 do CP) ou suspensão, nos termos do artigo 77 do Código Penal, o que significa que a referida alteração não representa nada em termos de incremento do rigor punitivo.

Já o crime de participação em competição não autorizada, o “racha”, previsto no artigo 308 do Código de Trânsito Brasileiro, passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situa-



ção de risco à incolumidade pública ou privada: (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014). (BRASIL, 1997).

Observa-se que a Lei nº 12.971/2014 previu novas formas qualificadas do crime de "racha", quando resultar lesão corporal grave ou morte culposa, com penas de 03 a 06 anos e de 05 a 10 anos de reclusão, respectivamente. A introdução de duas figuras qualificadas preterdolosas ao art. 308 parece, à primeira vista, representar um agravamento da punição dos condutores que participam de competições não autorizadas. No entanto, como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estava se encaminhando para reconhecer quase sempre o tipo subjetivo de dolo eventual nos crimes de homicídio e lesão grave praticados no contexto de um "racha" (BRASIL, 2008), a inclusão de formas qualificadas pelo resultado culposos dá novo fôlego para a tese dos que defendiam estar configurada nessas hipóteses a culpa cons-

ciente, o que acaba por beneficiar os mesmos sujeitos que se queria punir mais gravemente.

Aqui surge o maior problema da Lei nº 12.971/2014: o crime de “racha” em que houver resultado morte decorrente de culpa tem hipótese fática quase idêntica à forma qualificada de homicídio culposo do art. 302, § 2º. Trata-se de dupla tipificação da mesma hipótese fática com penas diversas.

De fato, com uma simples leitura dos artigos 302, § 2º, segunda parte, e 308, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, verifica-se que as elementares que compõem ambos os delitos são virtualmente indistinguíveis. Ambos os crimes acontecem em situação de “racha”, vale dizer, quando o condutor “participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente”. As diferenças entre os descritores dos dois tipos não são relevantes.

Embora o parágrafo segundo do artigo 302 contenha a expressão “ou ainda [participar] de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor”, percebe-se que dificilmente a referida “exibição” de perícia ocorrerá fora do contexto de uma “disputa ou competição” automobilística. Não existe “demonstração” de perícia sem plateia, “exibição” sem público e, muito raramente, essas práticas seriam realizadas por um condutor isolado, agindo sozinho, procurando admiração de transeuntes aleatórios. Trata-se sim de uma modalidade de “competição não autorizada”, em que não está em disputa a velocidade dos participantes ou o tempo em que completam um percurso, mas sim a perícia em manobras arriscadas, conduta já incluída, portanto, na previsão do *caput* do artigo 308. A hipótese do exibicionista isolado, praticando o delito de “racha”, tanto não faz sentido que o tipo fala de “participar em exibição ou demonstração” e não em “exibir” ou “demonstrar”.

Outra diferença de pouca monta é que, enquanto o crime de "racha", como já referido, pune a conduta praticada em "via pública", a forma qualificada do homicídio culposo em situação de "racha" também se aplica às "vias", sem maiores qualificações. Registre-se que as disposições do Código de Trânsito Brasileiro aplicam-se ao trânsito, de qualquer natureza, nas vias terrestres do território nacional abertas à circulação. São vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas e as rodovias, a elas se equiparando ainda as praias abertas à circulação e as vias internas de condomínios constituídos por unidades autônomas (Arts. 1º e 2º da Lei nº 9.503/1997).

Percebe-se que, pela lógica do Código de Trânsito, nem toda via aberta à circulação é via pública. Existem vias particulares ou de uso privado, abertas à circulação. Assim, quando competições automobilísticas não autorizadas ocorrerem em vias privadas, não estará configurado o crime de "racha" do artigo 308 do Código de Trânsito; mas, caso ocorra uma morte culposa, poderá incidir a forma qualificada do homicídio culposo em situação de "racha". Trata-se de uma técnica legislativa verdadeiramente desastrosa. De qualquer forma, a hipótese referida, de incidência isolada do tipo de homicídio culposo qualificado é, por óbvio, bastante rara e não diminui o fato de que, na imensa maioria dos casos, haverá conflito entre ambos os tipos.

Está claro também que, em termos de objetividade jurídica, os crimes de "racha" com resultado morte culposa e de morte culposa em situação de "racha" tutelam o mesmo bem: a vida dos sujeitos participantes do trânsito. E, nos dois tipos criminais, a culpa, que provoca a produção do resultado morte, é aquela cujas modalidades estão especificadas no artigo 18, inciso II, do Código Penal (imprudência, negligência e imperícia). A sua definição é a mesma da teoria geral do delito: "é a ação humana voluntária que produz, de forma não intencional, o resultado típico, por meio de uma quebra de dever

de cuidado, cujas consequências, embora fossem previsíveis, não foram previstas pelo agente ou não foi por ele assumido o risco de produzi-las” (DOTTI, 2003, p. 314). De fato, afirmar-se que “as circunstâncias demonstram que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo” é o mesmo que dizer que o condutor agiu culposamente.

Essa situação de dupla tipificação é claramente percebida por Sannini Neto e Moraes (2014, p. 1), em artigo sobre o tema:

Ocorre que a conduta típica de causar a morte culposamente quando da participação em corrida, disputa ou competição automobilística sem autorização pela autoridade competente se subsume de igual modo ao tipo penal da nova figura qualificada do § 2º do art. 302, o qual, porém, comina pena muito inferior, de 2 a 4 anos de reclusão, como já apontado. Trata-se de inaceitável falha na técnica legislativa. O delito de perigo (“racha”), por óbvio, deve ser absorvido pelos mais graves, de dano (homicídio ou lesão corporal).

Luiz Flávio Gomes também identifica, distintamente, a dificuldade trazida pela lei:

O problema: aqui no art. 308 o resultado morte provocado culposamente aparece como qualificadora do delito de participação em “racha”. Já no art. 302 (homicídio culposo), é a participação em “racha” que o torna qualificado (mais grave). No delito de participação em “racha”, é a morte que o qualifica. No delito de homicídio, é a participação no racha que o qualifica. Mas tudo isso é a mesma coisa! O mesmo fato foi descrito duas vezes. Na primeira situação (art. 302), a descrição legal foi de trás para frente (morte em virtude do “racha”); na segunda (art. 308), da frente para trás (“racha” e depois a morte). Para não haver nenhuma dúvida (talvez essa tenha sido a preocupação do emérito legislador), descrevesse o mesmo fato duas vezes. Seria uma mera excrescência legis

(o que já é bastante reprovável), se não fosse o seguinte detalhe: No art. 302 (homicídio culposo em razão de "racha") a pena é de reclusão de dois a quatro anos; no art. 308 ("racha com resultado morte decorrente de culpa") a pena é de cinco a dez anos de reclusão! Mesmo fato, com penas diferentes [...] (GOMES, 2014, p. 1).

O desastre produzido pelo legislador penal não se esgota no conflito entre os dois tipos. De fato há uma incongruência ainda entre a pena cominada ao homicídio culposo e a pena abstratamente prevista para a lesão corporal culposa que resultar de "racha". É desproporcional cominar-se uma pena maior à lesão grave do que aquela a ser aplicada à própria perda da vida, bem indiscutivelmente mais importante que a integridade física. Esse tipo de incoerência, que chega às raias da irracionalidade, não se legitima pela discricionariedade do legislador penal, para traçar as diretrizes de política criminal. No extremo, ela demanda a construção de uma solução, tanto quanto a dupla tipificação acima mencionada.

Em um primeiro momento, seria preciso verificar se o emprego dos métodos tradicionais de hermenêutica jurídica resultaria em uma resposta satisfatória para a questão. É necessário saber se o princípio da especialidade associado a uma interpretação sistemática e topográfica das normas apresentaria uma resposta convincente para a questão; ou é preciso definir se a dificuldade apresentada deveria ser enfrentada com o recurso ao princípio do *favor rei*.

### **3. A resposta da hermenêutica tradicional para a dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de "racha"**

Já se incorporou ao senso comum teórico dos juristas (COSTA, 2008, p. 312), desde o início do século passado, o entendimento de que não é o sentido pretendido pelo legislador

que vincula, na interpretação/aplicação de um texto normativo controvertido, mas o sentido refletido pela própria norma, o qual adquire vida própria e valor diferenciado da “vontade” ou “consciência” de seus formuladores.

Não fosse essa abertura hermenêutica dos textos normativos, nos quais estão inseridos, em um contexto dinâmico e evolutivo, ideias e sentidos, e a forma do Direito, sua rigidez característica na fixação da letra da lei, que serve para dar segurança, seriam estorvadas as transformações normais das sociedades e não seria possível responder, de maneira justa e adequada, às novas demandas surgidas nos casos concretos, refletindo relações jurídicas cada vez mais complexas. É nesse sentido que, na teoria da interpretação, de há muito, com o declínio das doutrinas subjetivistas, insiste-se na importância de se desvelar a *mens legis*, o sentido objetivo da lei, servindo a intenção do legislador apenas como um recurso adicional e de importância relativa na construção do significado vinculante.

A hermenêutica jurídica do século XIX nos legou algumas ferramentas de uso generalizado para se tentar definir qual o preceito aplicável para a resolução de um determinado caso concreto quando ocorre um conflito aparente de normas.

Nesse sentido, Sannini Neto e Moraes (2014, p. 1) sintetizaram as possíveis alternativas de enfrentamento do imbróglio interpretativo trazido pela Lei n.º 12.971/2014, conforme trecho a seguir:

Com isso, sob um prisma técnico-jurídico, a solução apropriada será aquela mais favorável ao investigado ou réu, ou seja, o enquadramento na figura qualificada do homicídio culposo do § 2º, do art. 302, tornando na prática letra morta o § 2º do art. 308 contendo idêntica hipótese fática. Por

outro lado, pode-se argumentar, por meio de uma interpretação teleológica, que a vontade do legislador, manifestada na Lei nº 12.971/2014, foi no sentido de agravar a reprimenda para os casos em que houver morte em virtude da prática do "racha". Assim, para que a inovação legislativa não se torne "letra morta", a única solução seria a adoção do entendimento em que o crime mais grave, qual seja, o agora previsto no artigo 308, § 2º, do CTB, absorvesse o crime menos grave, tipificado no artigo 302, §2º, do mesmo *codex*. Tal entendimento pode, inclusive, ser subsidiado pelo princípio da proporcionalidade, mais especificamente na sua esfera de proteção insuficiente, afinal, a conduta daquele que causa a morte de outrem em virtude da prática do "racha" é de enorme gravidade, constituindo verdadeira afronta à sociedade e ao próprio Estado.

No mesmo sentido, podemos nos valer do princípio da especialidade para reforçar esse entendimento. Ora, se o *caput* do artigo 308 pune o crime de "racha" e o seu § 2º nos apresenta uma modalidade qualificada desse crime, é obvio que essa conduta é específica para aquele caso, devendo, consequentemente, prevalecer sobre a conduta descrita no artigo 302, § 2º, que é genérica. Apenas para ilustrar, caso o tipo penal do artigo 306 trouxesse uma figura qualificada envolvendo morte, esta seria especial em relação ao delito de homicídio previsto no artigo 302, até porque há uma clara distinção entre os bens jurídicos em questão. De qualquer modo, tais divergências tão contundentes não ocorreriam se o legislador atuasse com o mínimo de cautela e técnica jurídica.

Nucci (2014, p. 01), por sua vez, entende que o referido conflito aparente de normas teria fácil resposta: inequivocamente seria aplicado o tipo do homicídio culposo qualificado (art. 302, § 2º), em vez do tipo de "racha" com resultado morte culposa (art. 308, § 2º), já que o crime, cuja figura típica básica é de dano (ainda que culposo), sempre absorveria o crime, cuja figura típica básica é de perigo concreto, ainda

que deste resultasse um dano que o agente não quis nem assumiu o risco de produzir (crime preterdoloso – dolo com relação ao perigo concreto e culpa com relação ao dano).

Todavia, a despeito do que defenderam, apressadamente, os criminalistas acima citados, os métodos e níveis de interpretação da hermenêutica clássica não dão conta de solucionar, com facilidade, o problema da dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de “racha”.

A interpretação sistemática não resolve a questão. Em verdade, não é possível se reconhecer relação de especialidade entre os artigos em conflito. De fato, há relação de especialidade entre a norma que tipifica o homicídio culposo no trânsito em sua figura básica (art. 302, *caput*, do Código de Trânsito) e o tipo qualificado de “racha” pela morte culposa. Aqui as circunstâncias especificadoras que destacam o fato de a morte culposa ter ocorrido no contexto de uma competição não autorizada (e não em qualquer outro contexto de trânsito que envolva, por exemplo, um atropelamento ou a colisão de veículos automotores) atrai a incidência do tipo mais detalhado (*lex specialis*) do art. 308, § 2º, do Código de Trânsito.

Ocorre que, entre as figuras qualificadas do homicídio culposo em “racha” e do “racha” com morte culposa, não há relação de especialidade. Trata-se da mesma conduta. A diferença é topográfica, de localização das figuras típicas, não tendo nenhuma relevância para a definição do seu sentido.

Também pela consunção ou pela subsidiariedade não se desata o nó normativo. Não faz sentido algum aqui afirmar que o crime de dano absorveria o crime de perigo. Até mesmo porque as figuras básicas do delito tutelam bens jurídicos distintos. O tipo de homicídio tutela o bem jurídico vida e o



crime de "racha" põe em risco a coletividade e a segurança viária. Homicídios culposos no trânsito podem ocorrer, e, usualmente, acontecem, em contextos distintos do de uma competição não autorizada (e.g. em razão de embriaguez do condutor). É fácil visualizar que um crime de morte culposa em situação de "racha" não absorve outro crime de morte culposa em situação de "racha". São tipos preterdolosos iguais, em que existiu dolo de praticar "racha" e houve a intercorrência da morte não querida pelo condutor do veículo, que também não assumiu o risco de que ocorresse.

Não se poderia defender, como Sannini Neto e Moraes (2014, p. 01) também fizeram, que uma interpretação teleológica da Lei nº 12.971/2014 levaria à aplicação do tipo penal mais grave do artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito, máxime se visualizado em conjunto com as outras alterações introduzidas pela mesma lei para promover um incremento das penas dos crimes de trânsito, como a elevação da pena máxima em abstrato da figura típica básica do "racha" (art. 308, *caput*, do CTB), que não mais constitui um delito de menor potencial ofensivo nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.099 de 1995 ou a introdução de uma qualificadora para as hipóteses de lesão corporal grave culposa em situação de "racha".

Não se está autorizado a entender que o objetivo da lei foi promover o aumento da punição nos pontos em que ela não o fez ou além da medida em que efetivamente o tenha feito. Normas que restringem direitos, como as normas penais, que sempre impõem um terrível ônus sobre a liberdade individual, devem ser interpretadas estritamente. O fato é que, na mesma lei, estão expressas duas penas para a mesma infração penal qualificada de morte culposa no "racha" e não é possível se afirmar, em termos de objetivos da norma, que uma delas não atende à finalidade da lei, não

devendo ser aplicada, porque a finalidade da lei se confunde com o resultado hermenêutico que seja mais eficaz no enfrentamento dos problemas sociais a cuja disciplina se destina. E, como norma penal, a sua função é dupla: prevenir delitos e assegurar garantias contra a reação punitiva do Estado. A punição em si, o caráter retributivo da sanção, que poderia justificar uma interpretação favorecedora da norma mais grave, não passa de função secundária da norma penal, que tem pouca utilidade para a sua legitimação em um Estado Democrático.

Sobre as faces preventiva e garantista da missão do Direito Penal e a sua inevitável convivência, ensina-nos Silva Sánchez (2011, p. 299-300):

A função do Direito Penal não consiste, em absoluto, unicamente numa completa proteção de bens jurídicos, senão, antes, numa complexa trama do interesse da vítima em sua proteção, o interesse do autor em sua liberdade e o interesse da comunidade na prevenção e na segurança jurídica. [...] De fato, qualquer novo problema que se enfrenta se converte no objeto de um debate que leva a indagar se a solução proposta é insuficiente e corre o risco de não cumprir os efeitos preventivos (de controle da violência informal por via dissuasória ou integradora) ou, ao contrário, é excessiva e perde legitimação por existir a possibilidade de soluções igualmente eficazes no plano preventivo e menos violentas, ou, enfim, pese a ser recomendável em termos de eficácia, constitui um obstáculo para o cumprimento pelo Direito Penal de seus fins de garantia.

A medida adequada da pena é fixada por meio de um processo legislativo de base constitucional, devendo refletir a correlação de forças, bem como o sentimento vigente na sociedade acerca do tratamento proporcional dos delitos. É impossível se afirmar, havendo o legislador penal produ-

zido os dois tipos penais incriminadores, ao mesmo tempo, que apenas um deles está em harmonia com a *mens legis*. O legislador penal pode, a princípio, legitimamente optar por uma punição mais branda de determinado delito, por entendê-la bastante para cumprir a sua missão dissuasória.

Outra sugestão de interpretação é ainda apresentada por Cavalcante (2014, p. 01), na opinião de quem a única maneira de valorizar as palavras da lei é interpretando sistematicamente os seus dispositivos e evitando que caia em desuso o tipo mais grave do artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro. Nesse sentido, impor-se-ia o entendimento, nos termos da hermenêutica jurídica tradicional, de que, não havendo dispositivos inúteis nem lacunas no ordenamento, também não poderia haver dupla tipificação, tendo ocorrido, na verdade, a previsão de penas diversas para condutas diferenciadas pelos "graus de culpa". Assim haveria uma morte culposa em situação de "racha" configurada pela culpa consciente (art. 308, § 2º) e, portanto, merecedora de punição mais grave e uma configurada pela culpa inconsciente (art. 302, § 2º), sendo-lhe atribuída punição menos severa.

Como nos explica Ferraz Junior (2007, p. 283), a dogmática jurídica, ao menos desde o século XIX, assumiu como um postulado da interpretação o fato de o legislador ser rigorosamente preciso e não construir normas inócuas ou redundantes. Mas nem o pressuposto do legislador racional pode servir para negar a abertura da norma para as suas repercussões futuras e para desconsiderar a relevância de suas conseqüências práticas, bem como dos valores da justiça e da dignidade da pessoa na orientação de sua correta interpretação. Somente levando em conta o conjunto desses elementos é possível dar à norma um sentido adequado à resolução dos problemas a cuja disciplina concretamente se destina.

A solução proposta pelo referido autor, no entanto, não tem sentido no ordenamento jurídico brasileiro, no qual não existem tipos específicos para cada “grau de culpa”. Todos os tipos culposos podem abranger todos os “graus de culpa”, os quais devem influir na fixação da pena em concreto, como justificativa para eventual exacerbação da pena base na primeira fase de fixação da pena, em conjunto com outras circunstâncias apontadas no art. 59 do Código Penal.

Observe-se ainda que uma hipótese de morte culposa em “racha” com culpa inconsciente é de configuração extremamente improvável. Como é sabido, o tipo subjetivo de culpa inconsciente ocorre quando o “resultado, embora previsível, não é previsto pelo agente em face da violação do dever de cuidado e de atenção a que estava obrigado” (DOTTI, 2003, p. 315); já a *mens rea* marcada pela culpa consciente é “caracterizada pela previsão do agente quanto à probabilidade do resultado que ele espera não venha ocorrer, confiando em sua habilidade ou destreza para enfrentar a situação de risco” (DOTTI, 2003, p. 315) por ele mesmo produzido. É fácil perceber-se que a morte que resultar de uma competição automobilística não autorizada, normalmente, estará associada a um tipo subjetivo de dolo eventual ou de culpa consciente, a depender da particular irresponsabilidade do condutor. É difícil imaginar que o condutor que participa de uma demonstração de perícia em local indevido, por exemplo, e que, portanto, já tem o dolo direto de praticar “racha” não tenha ao menos previsto que pudesse a sua ação causar a morte de terceiro desavisado ou de outro competidor. A configuração da culpa inconsciente nessas hipóteses é praticamente impossível. Dessa maneira, a proposta de Cavalcante (2014, p. 01) resultaria em que sempre se aplicasse a forma qualificada com a pena mais grave aos casos de morte culposa em situação de “racha”. O jurista resolveu um caso em que há, conforme ele mesmo admite, uma substancial

dúvida sobre a interpretação das normas penais, conferindo-lhes um sentido concretamente prejudicial ao réu e favorecedor do desejo retributivo da comunidade, o que não se pode admitir.

Entender de modo contrário produziria a injustiça de se estabelecer uma “presunção legal” (sem lei) de culpa consciente para todos os casos de morte culposa em situação de “racha”, definição essa que deveria ser feita no caso concreto, ao menos, até que por lei se crie um tipo específico de culpa consciente ou gravíssima para os crimes dessa natureza. Não é correto, portanto, para que se evite a perda de eficácia de um dos dispositivos introduzidos pela Lei nº 12.971/2014, que se sacrifique a segurança jurídica e a legalidade penais.

Sobra ainda um recurso integrante das regras tradicionais de hermenêutica jurídica para tentar solucionar a questão: trata-se do princípio da interpretação mais benéfica.

A interpretação estrita de normas restritivas de direitos é um postulado tradicional de hermenêutica, com incidência em todos os âmbitos (civil, administrativo e penal) nos quais possa ocorrer a limitação legal de direitos fundamentais e ela decorre de uma das ideias matrizes do Estado do Direito, nos termos da qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II da Constituição Federal). Se a liberdade de atuação é a regra e os limites impostos pela lei à autonomia individual, para assegurar a vida em sociedade, a exceção, então, toda norma que circunscreve esse âmbito de autonomia individual originário deve ser aplicada apenas na exata medida necessária para que cumpra com o seu intuito de interesse público, vedando-se os resultados interpretativos que expandam, alarguem ou dilatam as suas consequências limitativas de direitos. A interpretação deverá “reduzir o âm-

bito do proibido ao nível mínimo dos limites semânticos” (ALAGIA; BATISTA; SLOKAR; ZAFFARONI, 2006, p. 211).

Assim, a máxima taxatividade legal dá origem ao princípio da interpretação restritiva como padrão da hermenêutica penal. Em verdade, ao contrário do que defendido por parcela da doutrina penal e processual penal, a interpretação que tende a extrair o sentido normativo que menos amplie o âmbito legal do proibido, o espaço de criminalização, a escala das penas cominadas, não é apenas um recurso subsidiário do qual poderia se valer o aplicador do Direito quando estivesse em face de uma dúvida de outra forma insanável, mas deve permear toda a atividade de interpretação das normas penais.

Na síntese de Zaffaroni:

[...] dentro do alcance semântico das palavras da lei pode haver um sentido mais amplo para a criminalização ou um mais limitado ou restrito. As dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização. Trata-se da mesma razão que dá origem ao princípio processual *in dubio pro reo*, que não é pacificamente aceita, pois costuma-se afirmar que não consiste em uma regra interpretativa do direito penal, mas apenas num critério de valorização processual da prova. Aqueles que a refutam argumentam que dentro dos limites semânticos do texto legal, pode-se escolher livremente a interpretação mais ampla, a literal ou a mais restritiva, ou seja, não admitem um princípio interpretativo geral de cunho restritivo. Tal posição se baseia em uma distinção que não se justifica – pelo menos com a extensão da negativa – porque as duas consequências (*in dubio pro reo* e interpretação restritiva) derivam igualmente da excepcionalidade da criminalização primária. [...] O critério de interpretação semanticamente mais restritiva deve ser defendido na atualidade, pois constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o

formidável avanço da tipificação irresponsável. (ALAGIA; BATISTA; SLOKAR; ZAFFARONI, 2006, p. 210-211)

De qualquer maneira, adotando-se o entendimento clássico e mais comedido sobre o *in dubio pro reo* ou aquele defendido por autores com tendências abolicionistas, como Zaffaroni, indiferentemente, o fato é que, estando-se em uma hipótese em que os métodos tradicionais de interpretação das normas não são suficientes para resolver o problema de qual seria a disposição aplicável, como é o caso da dupla tipificação da morte culposa em situação de "racha", impor-se-ia a opção pela solução mais favorável à liberdade. Isso significa que o nó da dupla tipificação se resolve pela aplicação do novo § 2º do artigo 302 do Código de Trânsito.

Essa opção, no entanto, impõe ainda que também o § 1º do artigo 308, a forma qualificada do "racha" com resultado lesão grave culposa, fique sem aplicação, do contrário, estar-se-ia punindo a morte de maneira mais branda (dois a quatro anos de prisão) que o dano à integridade física (três a seis anos de prisão), o que ofenderia o bom senso e a proporcionalidade mínima das sanções no universo dos bens jurídicos penalmente tutelados.

A única maneira de evitar essa injustiça seria aplicando-se a figura típica da lesão corporal culposa no trânsito, do artigo 303 do Código de Trânsito, também para as lesões ocorridas em situação de "racha", pelo menos até que o legislador diligenciasse para corrigir esse erro, afinal não poderia, no horizonte da hermenêutica clássica, o suspeito/réu, vale dizer, o indivíduo, ser prejudicado pela imprevidência do legislador penal.

Essa solução pressupõe o exercício da jurisdição constitucional pelo aplicador do Direito, que afastaria a lei especial,

recorrendo à figura geral da lesão culposa do Código de Trânsito, para buscar corrigir a anomalia e a desproporção produzidas pelo legislador na cominação das penas, em desconformidade com o *status* dos bens jurídicos em questão. A impossibilidade de fixação de pena superior a quatro anos (que é a pena máxima cominada à morte culposa no trânsito, em sua forma simples ou na qualificada) passa a ser a condição de possibilidade para a incidência do tipo penal referente à lesão corporal do art. 303 (com a pena variando de seis meses a dois anos).

Isso seria viável, porque, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de antes da alteração legislativa ora em análise, mas ao qual seria possível recorrer sem maiores dificuldades, o crime de perigo concreto do “racha” (art. 308, *caput*, do Código de Trânsito) seria absorvido pelo crime de dano da lesão corporal grave que houvesse produzido, afastando-se, portanto, o concurso formal ou material entre esses crimes (BRASIL, 2004), o que resultaria em uma amplitude de pena menos absurda, se posta em cotejo com a cominada ao homicídio culposo qualificado.

Essa resposta à questão, no entanto, não se pode negar, é flagrantemente insatisfatória. Como se não bastassem as falhas no processo legislativo, que resultaram na anormalidade da dupla tipificação da morte culposa e na consequente frustração da provável intenção dos legisladores, a necessária opção pela interpretação mais benéfica ainda produz outro desequilíbrio: o de se cominar uma pena em abstrato mais dura à lesão corporal grave culposa do que à própria morte culposa ocorridas em competições não autorizadas; tal anomalia o aplicador do Direito não pode resolver, a não ser provisoriamente e de maneira imperfeita, com a aplicação do tipo comum de lesão culposa no trânsito em vez do previsto na norma especial.



Todavia, uma alternativa possivelmente melhor se abre por meio do controle de constitucionalidade fundado na vedação da proteção insuficiente.

#### **4. A resposta da hermenêutica constitucional contemporânea para a dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de “racha”**

Avaliados o produto e os limites do modelo liberal de interpretação, o passo seguinte consiste em analisar se o resultado obtido estaria em conformidade com a ordem de valores espelhada pela Constituição, ou seja, se confere proteção suficiente ao bem jurídico protegido pela norma penal (a vida de potenciais envolvidos em acidentes automobilísticos) e se, caso não esteja em conformidade com essa axiologia constitucional, seria possível ao aplicador da referida norma, por meio de controle de constitucionalidade, adotar solução constitucionalmente mais adequada, ainda que, à primeira vista, em desconformidade com os parâmetros tradicionais de hermenêutica. Vale dizer, se seria necessário, nessa hipótese, optar pela norma mais grave, porém mais adequada para oferecer ao bem jurídico-penal a tutela de que necessitaria.

Classicamente, o Direito Penal, segundo a marcante formulação da Ilustração, deveria estabelecer as balizas para o exercício da reação punitiva ao delito pela comunidade política, garantindo aos indivíduos a segurança de que o seu âmbito de autonomia privada não seria esmagado pelo arbítrio da pena imprevista e desmedida. Essa função era exercida, precipuamente, por meio da reserva de lei (*nullum crimen nulla pena sine lege*).

A importância que, historicamente, adquiriu essa missão de “garantia negativa” ou de proibição de intervenções indevidas, em tempos de superação do absolutismo estatal, fez com que, por vezes, fosse negligenciada, no universo das reflexões teóricas e da atividade prática dos juristas, a outra e necessária vertente do pa-

pel do Direito Penal em toda comunidade política: a de “garantia positiva” ou de “imperativo de tutela”, ou seja, o dever de, efetivamente, combater a proliferação da criminalidade (prevenção geral dos delitos), assegurando-se a incolumidade dos bens e interesses individuais e coletivos insculpidos nas normas penais.

O reconhecimento do duplo perfil das normas constitucionais, do seu lado subjetivo de defesa dos indivíduos contra o corpo político e do seu lado objetivo de expressão de uma ordem de valores com a qual a sociedade se identifica, bem como de um conteúdo normativo autônomo, consistente em um imperativo de efetivação, de verdadeira promoção e concretização dos direitos e bens constitucionais, foi imprescindível para que emergisse o atual paradigma do Estado Social e Democrático de Direito. De fato, apenas nesse modelo de Estado se vulgarizou, na doutrina, a identificação, no ordenamento jurídico, além dos direitos subjetivos individuais, das garantias institucionais e das normas expressivas de autênticas diretrizes e programas de atuação para os poderes públicos.

A importância e a significação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais consistem no fato de ela possibilitar o “reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva” ou de uma “mais-valia jurídica”, que não é possível de ser identificada “quando se consideram os direitos fundamentais individualmente” (SARLET, 2005, p. 16). O mais relevante dos desdobramentos do perfil objetivo dos direitos fundamentais é a afirmação de um dever ativo, positivo, do Estado de tutela, de proteção desses mesmos direitos, de construção das condições mínimas de possibilidade para a sua real eficácia no ordenamento jurídico e para a sua sobrevivência em face de eventuais agressões dos particulares e dos “poderes de fato” da sociedade.

Acerca das duas dimensões (negativa e positiva) das normas constitucionais, Sarlet intitula:

[...] na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever este que – para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais, contendo normas jusfundamentais, pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução de litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares. (SARLET, 2005, p. 22).

Ora, esse dever de proteção coloca o Estado como “amigo dos direitos fundamentais” e como seu garantidor e não mais como seu principal adversário, como soía na antiga ótica liberal individualista. E um dos mecanismos mais destacados por meio do qual o Estado exerce ativamente o seu dever de proteção é, precisamente, o Direito Penal. A ativação dos mecanismos jurídico-penais de proteção (criminalização primária e secundária), no entanto, só se legitima em face de condutas que venham a violar bens jurídicos constitucionais (ao menos no nível de pô-los em uma situação de risco efetivo), exigindo-se do Estado (legislador ou juiz) a implementação de um dever de prestação de segurança.

O Estado Social e Democrático de Direito deverá dar “resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos”, por meio de uma “política integral de proteção dos direitos” em todas as suas dimensões (garantismo inte-

gral, que é a soma do garantismo negativo com o positivo) (STRECK, 2009, p. 19).

Pois bem, é fácil se perceber que, com a emergência, na contemporaneidade, do Estado Social e Democrático de Direito e, levando-se em consideração todos os influxos desse novo paradigma/modelo de Estado nos mais diversos ramos do Direito, em especial, no sentido da valorização da Constituição e de sua força normativa e diretiva, como base de todo o sistema jurídico, também se modificam os parâmetros da hermenêutica jurídica penal e a compreensão do papel do Direito Penal, “para uma adequação de sua magnitude numa relação direta com a gama de bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica” (STRECK, 2009, p. 3).

Essa grave missão do Estado contemporâneo pressupõe uma atuação da norma penal incriminadora não somente como “limite ao poder punitivo”, mas também como instrumento/mecanismo de “garantia da integridade” dos bens jurídicos de relevância no sistema constitucional. O Direito Penal, assim, protegeria o criminoso da vingança injusta e sem limites da comunidade e a própria comunidade da anomia e da insegurança produzidas pela ação criminosa lesiva a bens fundamentais.

Sobre esse marco teórico da Constituição Penal, ou seja, da Constituição como limite e fundamento material do Direito Penal e da configuração dos ilícitos penais, fala-nos Prado:

[...] A Constituição, sobretudo em uma sociedade democrática, há de ser o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal – reduzido às margens da estrita necessidade – como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais, amplamente considerados. (PRADO, 1997, p. 84-85).

Essa necessária remissão das normas penais ao bem jurídico tutelado, com sede na Constituição, tem uma dupla face, embora, usualmente, apenas a uma delas se dê especial destaque no estudo da matéria. Ela significa não somente que o Direito Penal só deverá intervir no caso de ataques especialmente graves a bens jurídicos de grande relevância comunitária (a fragmentariedade), dando-se prioridade aos demais sistemas de controle social, formais e informais (a subsidiariedade); mas representa também um óbice a que se confira uma proteção deficiente a valores e direitos de extrema relevância para a sobrevivência da sociedade, por meio da edição de normas penais frouxas, sem a medida de pena necessária e adequada para a prevenção de dano social causado pelo injusto penal. (STRECK, 2008, p. 1).

É nisso que consiste o debate atual entre os “garantistas positivos ou integrais” e os “garantistas negativos ou liberais”. Os primeiros assumem que o Direito Penal não é apenas a Magna Carta das liberdades do criminoso, conforme célebre formulação da escola clássica (Von Liszt); não serve apenas como barreira contra o arbítrio do Estado ou contra a vingança privada, reduzindo a violência social geral, mas é também instrumento de promoção da segurança comunitária e da proteção efetiva dos direitos individuais e sociais. Vale dizer, é efetivo mecanismo promotor de transformações sociais, na medida em que faz frente aos “poderes de fato” (o crime organizado, as grandes empresas etc.) existentes na sociedade que ameaçam bens e direitos fundamentais.

Veja-se a síntese de Silva Sánchez (2011, p. 67-68) sobre o conceito de garantismo:

O garantismo – que, partindo da função de proteção da sociedade através da prevenção geral de delitos, destaca as exigências formais de segurança jurídica, proporcionalidade

etc., e acolhe, ao mesmo tempo, as tendências humanizadoras – expressa o estado até agora mais desenvolvido das atitudes político-criminais básicas, representa a síntese dos esforços em prol de um melhor Direito Penal e constitui a plataforma necessária para abordar, de modo realista e progressista, os problemas teóricos e práticos do Direito Penal.

E o padrão de proteção constitucionalmente exigido pelo garantismo integral é precisamente aquele necessário a desestimular as condutas ofensivas aos direitos fundamentais, nem mais nem menos que isso. Intervenção em um nível superior ao idôneo para o alcance dos fins visados pela norma incriminadora (proibição excessiva) e proteção em uma medida aquém do que a imprescindível para coibir a prática de crimes (defeito de proibição) são duas formas em que o Estado pode falhar no seu múnus de proteção.

Na busca desse equilíbrio, do ponto médio entre a segurança e a liberdade, é fácil perceber que ganha relevo o princípio ou o postulado da proporcionalidade. Assim como “a liberdade individual não pode ser sacrificada desproporcionalmente” (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 297), também deve ser dada ao bem jurídico a proteção de que necessita e merece.

A resposta à pergunta acerca de qual dos dois tipos criminais de morte culposa no trânsito em situação de “racha” deverá prevalecer precisa ser enfrentada também da perspectiva do Direito Penal Constitucional ou da Constituição Penal, agregando-se maior complexidade à discussão antes restrita ao ideário liberal-individualista, do qual se extraem os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica, por meio do exercício da jurisdição constitucional com fundamento na proporcionalidade das normas penais.

A análise da proporcionalidade das normas penais, nesse novo paradigma de Estado Democrático de Direito, portanto, é o que viabiliza o controle de constitucionalidade dos tipos penais. O emprego da proporcionalidade como critério mínimo de legitimidade para se aferir judicialmente a constitucionalidade material de normas penais já é amplamente reconhecido na doutrina de há muito tempo (GOMES, 2003, p. 209). Na lição de Streck (2004, p. 5), é pacífico que não há “qualquer blindagem que proteja a norma penal do controle de constitucionalidade” em suas várias formas.

A novidade aqui é que, quando a hermenêutica jurídica penal clássica, no extremo, levava em conta uma análise da constitucionalidade das normas penais em virtude da sua proporcional tutela de bens jurídicos, por força de sua extração liberal individualista e positivista, só conseguia visualizar a questão pelo lado da vedação da intervenção excessiva no âmbito de autonomia individual.

Em outras palavras, a proporcionalidade apenas era invocada (quando o era) para contrapor-se aos excessos da prevenção geral, portanto, como limite máximo das penas abstratamente cominadas aos delitos, nunca como seu limite mínimo (exigência de proteção). E essa ainda é a posição da maioria dos penalistas na atualidade, garantistas de perspectiva exclusivamente negativa, ou, na expressão de Fisher (2010, p. 31), adeptos de uma corruptela do verdadeiro garantismo, chamada de “garantismo penal hiperbólico monocular”. Por todos, cite-se Silva Sánchez (2011, p. 396-397):

[...] a proporcionalidade, como princípio garantista, não pode ser excedida para cima, mas admite ser excedida para baixo. Esta ideia estabelece uma diferença entre nossa concepção e a da prevenção geral fundamentadora. De fato, esta última – da qual, recorde-se, se dizia que incor-

porava ideias como as de justiça e proporcionalidade da sanção – se opõe à imposição de penas inferiores ao “justo” ou ao proporcional, em atenção aos possíveis efeitos desestabilizadores, desintegradores, de tal prática. Isso, contudo, implica que ideias como justiça ou proporcionalidade não se concebem como garantias individuais, mas como funções sociais, com a evidente mistificação que isso possa pressupor.

De um aspecto importante do que afirma Silva Sánchez não é possível se discordar: o emprego da proporcionalidade como mecanismo aferidor da constitucionalidade de normas só é possível porque encontra fundamento em “critérios filosófico jurídicos, enquadrados no programa político-jurídico da Constituição e derivados da noção de Estado que nesta se acolhe” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 371). Entenda-se, a proporcionalidade encontra seu fundamento na própria Constituição, como programa e como diretiva, e não em aspectos emocionais, irracionais ou nas convicções sociais de amplos setores da população (o senso social do que seria proporcional), razão pela qual o Poder Judiciário pode manejá-la para decidir acerca da conformidade da obra do legislador penal à norma fundamental, sem ferir a separação dos poderes, substituindo o juízo de conveniência e oportunidade do legislador (o seu juízo político) pelo do magistrado. O controle de constitucionalidade pela via da proporcionalidade, portanto, é verdadeira hipótese de aplicação do Direito e da Constituição (jurisdição constitucional) ao caso concreto deduzido em juízo.

A outra parte do raciocínio de Silva Sánchez, de que a proporcionalidade poderia ser “excedida para baixo” sem que a norma que assim o fizesse pudesse ser submetida à sindicância frente à Constituição, só faz sentido no contexto de um modelo liberal individualista de Estado, que despreza o



dever de prestação de segurança e admite que a prevenção geral dos delitos seja sacrificada em nome da defesa do indivíduo acusado contra a violência do Estado Policial, o que, como já foi afirmado, é compreender de maneira enviesada a missão do Direito Penal na atualidade.

Insiste-se, a teoria dos bens jurídicos, com base material na Constituição, é o que sustenta a atividade do legislador penal, que a ela deve se conformar evitando incorrer em inconstitucionalidade, seja pela edição de norma desarrazoada, desproporcional ao fato punível, seja pela proteção insuficiente de um direito fundamental (STRECK, 2004, p. 04). Na contemporaneidade, prevalece o princípio da “reserva de lei proporcional”.

A proporcionalidade, tradicionalmente, é dividida em três exigências ou em subprincípios constitutivos, quais sejam: o da adequação (ou conformidade), o da necessidade (exigibilidade) e o da proporcionalidade em sentido estrito (ou razoabilidade). A adequação observa se a medida é “viável” ou se é “meio tecnicamente idôneo” para alcançar o fim a que se propôs. A necessidade impõe que se opte sempre pela medida jurídica menos gravosa ao “direito objeto de restrição”. A proporcionalidade em sentido estrito, em verdade, consiste em uma “análise comparativa” no ordenamento jurídico, a qual pretende aferir se foi mantido um “equilíbrio” ou uma “equitativa relação” entre os “meio empregados e os fins colimados” pela medida jurídica (SARLET, 2005, p. 26-27).

O tipo de homicídio culposo no trânsito qualificado por estar o condutor participando de competição automobilística não autorizada, da segunda parte do novo artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito, viola a proporcionalidade, vista da perspectiva da vedação da proteção insuficiente, especialmente, no seu terceiro aspecto, o da razoabilidade.

De fato, se a proporcionalidade em sentido estrito é aferida por meio de uma “análise comparativa”, não é preciso estendê-la muito longe para se chegar à conclusão de que há um flagrante desequilíbrio entre o meio eleito pelo legislador – a amplitude da pena de prisão abstratamente cominada – e o fim por ele visado, de garantir efetiva tutela ao bem jurídico fundamental “vida”.

Quanto aos aspectos da adequação e da necessidade, não há maiores discussões, uma vez que são adequadamente cumpridos pelo novo tipo incriminador, o qual é, e isso está fora de dúvida, meio idôneo para cumprir o fim de prevenção geral das condutas danosas ao direito fundamental “vida”, não havendo ainda outra medida menos restritiva da liberdade individual para alcançar o mesmo fim. Em verdade, foi precisamente nos debates em torno da impossibilidade de descriminalização de práticas violadoras do bem jurídico fundamental da “vida” que se desenvolveu, na doutrina e na jurisprudência alemãs do pós-guerra, o conceito de vedação da proteção insuficiente/deficiente (veja-se, por exemplo, o Caso da Lei de Descriminalização do Aborto decidido em maio de 1993) (STRECK, 2008, p. 2).

Parece certo que a criminalização de atentados à vida, intra e extrauterina, integra o padrão mínimo de proteção constitucionalmente exigido por esse bem fundamental, não estando o legislador, sob a invocação de sua “liberdade de conformação”, autorizado a se demitir do dever de prestação de segurança bastante, que lhe foi imposto pela Constituição (STRECK, 2008, p. 2).

A exigência de um tipo específico de homicídio culposo praticado no trânsito, com pena mais grave do que a figura comum do homicídio culposo do Código Penal, justifica-se também por ser essa a hipótese mais frequente, e pode-

se dizer até epidêmica, de atentados culposos à vida, pelo menos desde que os veículos automotores se vulgarizaram como meio de transporte individual, coletivo e de cargas nas sociedades urbanizadas.

Mas, no subcritério da razoabilidade, como já referido, o novo dispositivo peca gravemente e a “análise comparativa” faz saltar aos olhos a desproporção (pela insuficiência) da nova figura qualificada. Veja-se, de início, que a ela foi cominada a mesma pena da figura básica, de dois a quatro anos de prisão (já se observou que não tem grande relevância o fato de o regime de cumprimento da pena ser de reclusão ou de detenção), uma qualificadora sem punição diferenciada, o que, em si, já beira a teratologia e não encontra semelhança no ordenamento jurídico.

Observe-se, adicionalmente, que o homicídio simples com as causas de aumento de pena do parágrafo primeiro (aumento de um terço até a metade), de regra, ultrapassará a pena do homicídio culposo qualificado, o que também não faz sentido algum. Essa pena, a depender do caso concreto, poderá ser ultrapassada pela pena da maioria dos crimes de perigo comum (Capítulo I do Título VIII do Código Penal), aos quais se aplica a pena da figura básica do homicídio culposo aumentada de um terço. Acontece que o “racha”, é preciso lembrar, é também um crime de perigo comum e concreto, praticado no trânsito, como o é a embriaguez ao volante, devendo receber tratamento similar. Repare-se ainda que a pena da morte culposa em situação de “racha” do referido dispositivo é inferior à pena de lesão grave culposa em situação de “racha”, do artigo 308, § 1º, inserida pela mesma Lei.

Assim, percebe-se que a amplitude da pena fixada para o homicídio culposo qualificado pela participação em “racha”

não parece equilibrada, nem mesmo no interior do próprio diploma normativo que a previu (Lei nº 12.971/2014), embora não seja particularmente aberrante em comparação com o resto dos tipos culposos do ordenamento nacional.

Já a pena cominada à forma qualificada do crime de “racha” pela intercorrência de morte culposa, artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito, parece mais adequada à magnitude do bem jurídico que pretende tutelar. Embora seja, de longe, uma das penas mais graves, no universo dos crimes culposos (se não for, na atualidade, a pena mais alta), prevendo o mínimo de cinco e o máximo de dez anos de prisão, não resulta desproporcional, em virtude de se tratar de hipóteses de morte culposa que, no caso concreto, se configuram, de regra, na modalidade de “culpa consciente”, quando não de “culpa gravíssima”, o que explica a sua aproximação da pena prevista para o homicídio doloso simples (art. 121, *caput* do Código Penal).

Além disso, também não caberia aqui se falar de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo “excesso de intervenção”, uma vez que, apesar da gravidade das penas cominadas, tratando-se de delitos culposos, está-se em face de uma hipótese fática que se concretiza, de regra, na forma da criminalidade eventual de réus primários, de bons antecedentes e com conduta social adequada, o que autorizaria a substituição da prisão pela sanção restritiva de direitos, qualquer que fosse a pena aplicada, nos termos do art. 44 do Código Penal. De fato, é pacífico, na doutrina, que “tratando-se de crimes culposos, não deve incidir a restrição de terem sido cometidos, sem violência à pessoa, pois, nos delitos culposos, a violência nunca é querida pelo agente, o que impede afirmar que o delito foi praticado com violência”. (DELMANTO, 1991, p. 25-26).

A distorção que se poderia observar, optando-se, com base no postulado da proporcionalidade, pelo tipo mais grave de morte culposa em situação de “racha”, do artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito, é que a morte culposa no trânsito qualificada pela embriaguez do condutor (art. 302, § 2º, primeira parte), comparativamente, receberia uma pena bastante inferior, o que de fato é uma injustiça, visto que, em ambos os casos está-se diante de crimes preterdolosos, em que o dolo de praticar um crime de perigo concreto (conduzir veículo automotor embriagado ou participar de competição não autorizada) antecedeu o resultado morte culposa.

Apesar da similaridade das situações, o fato de lhes ter sido cominada penas em abstrato de amplitudes bastante diferentes não chega a desbordar do âmbito de “livre conformação” do legislador penal. De qualquer forma, aqui o aplicador do Direito não teria muita opção além de determinar a norma, a despeito de poder-se entender que protegeu insuficientemente o bem jurídico. Nem o exercício da jurisdição constitucional autorizaria a aplicação analógica do art. 308, § 2º, do Código de Trânsito aos casos de morte culposa no trânsito, antecedida pela embriaguez do condutor, pois isso seria violar o princípio da legalidade dos tipos e das penas em seu núcleo essencial.

Ademais, simplesmente, expungir a norma do art. 302, § 2º, do Código de Trânsito, invalidando-a pela declaração de inconstitucionalidade, também não solucionaria o problema, uma vez que apenas deixaria ainda mais a descoberto o bem jurídico tutelado de maneira deficiente pela norma penal. Esse problema de inconstitucionalidade só poderia ser solucionado de maneira apropriada pelo apelo ao legislador, para que intervesse e corrigisse o defeito de proteção por ele mesmo causado.

Observe-se que a segunda parte do art. 302, § 2º, do Código de Trânsito não se tornaria “letra morta”, visto que seria perfeitamente aplicável ainda para as raríssimas hipóteses de mortes culposas em situação de “racha” praticadas fora de vias públicas. A diferença de pena poderia ser justificada em razão de nesses casos, quando a competição automobilística não ocorrer em vias públicas, o perigo produzido à incolumidade de terceiros ser muito reduzido.

A possibilidade de que se confira um sentido, ainda que bastante reduzido, à segunda parte do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito, que seja compatível com a Constituição, e o fato de a primeira parte do mesmo dispositivo não padecer de vício incontornável de inconstitucionalidade (embora alguns poderiam argumentar que confere proteção insuficiente ao bem jurídico) impõem que se empregue a técnica da interpretação conforme a Constituição ou da declaração de inconstitucionalidade da norma sem redução de texto.

O magistrado, no caso de várias interpretações possíveis de uma norma, deve optar por aquela compatível com a Constituição, preservando, tanto quanto possível, o trabalho do legislador, partindo do princípio de que ele busca produzir norma constitucional. Assim, no âmbito do controle de constitucionalidade de normas (jurisdição constitucional), o juiz ou o tribunal deverá “declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição” (COELHO; BRANCO; MENDES, 2009, p. 1303). Pode ainda declarar a inconstitucionalidade daquele dispositivo sem retirar o texto que lhe corresponde do ordenamento jurídico, em virtude de ser possível, por meio de uma construção hermenêutica, dar-lhe um sentido aceitável frente à norma fundamental.

Sobre essas técnicas de controle de constitucionalidade e suas particularidades, segue a síntese de Gilmar Mendes:

[...] a afirmação de que a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade são uma e a mesma categoria, se parcialmente correta no Plano das Cortes Constitucionais e do Supremo Tribunal Federal, é de todo inadequada na esfera da jurisdição ordinária, cujas decisões não são dotadas de força vinculante geral.

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional, com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro). (COELHO; BRANCO; MENDES, 2009, p. 1305).

É claro que, até mesmo por imperativo de segurança jurídica, o ideal seria que a questão da dupla tipificação da morte culposa no trânsito em situação de "racha" fosse resolvida no bojo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; isso encerraria a controvérsia acerca de qual o tipo aplicável para a generalidade dos casos, uniformizando o entendimento dos órgãos jurisdicionais inferiores e mesmo a formulação de denúncias pelo Ministério Público e de indiciamentos pela Polícia Judiciária dos Estados.

No entanto, enquanto isso não for feito, é poder-dever do magistrado de primeiro grau e dos Tribunais de Justiça resolver a controvérsia por meio do exercício da jurisdição constitucional.

Sobre essa possibilidade fala Streck (2008, p. 4):

Estou convencido de que não há qualquer óbice constitucional que impeça juízes e tribunais de aplicarem a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto. Entender o contrário seria admitir que juízes e tribunais (que não o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem, no mínimo em parte, ser salvaguardados, no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle. Por que um juiz de Direito – que, desde a Constituição de 1891, sempre esteve autorizado a deixar de aplicar uma lei na íntegra por entendê-la inconstitucional – não pode, também hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, aplicá-la tão somente em parte? O mesmo se aplica aos Tribunais, que, na especificidade da Interpretação Conforme à Constituição e da Nulidade Parcial sem Redução de Texto, estão dispensados de suscitar o incidente de inconstitucionalidade. Refira-se que em nada fica maculado esse entendimento em face da recente edição da Súmula Vinculante nº 10 (“Viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário do Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”) do Supremo Tribunal Federal. Ela não se aplica à Interpretação Conforme e nem à nulidade parcial sem redução de texto. E explico o porquê: assim como uma decisão de nulidade parcial sem redução de texto [...] feita pelo STF não necessita ser enviada ao Senado, não cabe exigir incidente de inconstitucionalidade, não havendo, assim, violação ao *full bench* (art. 97 da CF). Isso porque, tanto na Interpretação Conforme à Constituição quanto na Nulidade Parcial sem Redução de Texto, não há expunção de texto ou parte de texto normativo, apenas havendo o afastamento de uma das incidências do texto.



Dessa forma, não havendo dúvida de que o integrante do Poder Judiciário, de qualquer nível, o aplicador do direito por excelência, está autorizado a fazer incidir os imperativos constitucionais para dar resposta à questão da dupla tipificação da morte culposa em situação de “racha” introduzida pela Lei nº 12.971/2014, concretamente deduzida em juízo, conclui-se que deverá optar por uma interpretação conforme a Constituição do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito, restringindo a sua aplicação exclusivamente às hipóteses em que o homicídio culposo resultar de participação do condutor em competição não autorizada ou em demonstração de perícia em manobra praticada em via particular/privada. Outro sentido dado à segunda parte desse dispositivo seria inconstitucional, por violar o postulado da proporcionalidade no seu aspecto de vedação da proteção deficiente de bens jurídicos fundamentais. Assim, para a imensa maioria das mortes culposas em situação de “racha”, ocorridas em via pública, deverá ser aplicado o tipo qualificado de “racha” do artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito.

## 5. Conclusão

A revisão bibliográfica procedida no presente estudo permitiu que se passassem em revista crítica os parâmetros de interpretação das normas penais legados pelo pensamento liberal, individualista e normativista clássico, ainda majoritário, no âmbito da produção doutrinária e da prática jurisprudencial no Brasil. Observou-se qual o sentido que esse paradigma hermenêutico, que foi herdado do modelo liberal de Estado, confere à investigação sobre a *mens legis*, bem como quais seriam os critérios para identificá-la. Verificou-se ainda que, sendo insuficientes os critérios de resolução do conflito aparente de normas e não se identificando de outro modo a teleologia da lei, ou seja, havendo dúvida insanável com o instrumental da hermenêutica clás-

sica, impõe-se a solução subsidiária de se optar pela norma mais favorável ao réu.

Autores mais atuais, de tendências político-criminais libertárias e abolicionistas, chegam a alçar o princípio da opção pela norma mais benéfica ao investigado/acusado como critério norteador geral da interpretação penal, a qual deixaria de ser, simplesmente, uma interpretação estrita, como é a de todas as normas que restringem direitos fundamentais, passando a ser verdadeiramente restritiva.

Seja qual for o entendimento que se adote acerca do papel da máxima *in dubio pro reo*, o fato é que a dupla tipificação da morte culposa em situação de “racha”, introduzida pela Lei nº 12.971 de 2014, não encontra solução com recurso para fórmulas e critérios clássicos de interpretação de normas penais, de maneira que, pressupondo a constitucionalidade dos dispositivos da mencionada lei, não sobra alternativa ao jurista de formação tradicional a não ser aplicar a norma mais favorável à liberdade, qual seja, o tipo de homicídio culposo qualificado do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito; isso, na prática, transforma em “letra morta” o tipo de “racha” qualificado quando resultar em morte culposa do artigo 308, § 2º, do mesmo Código.

Essa solução, como já apontado, ademais impõe que se afaste ainda a incidência do tipo de “racha” qualificado quando resultar em lesão grave culposa, para que se evite a desarmonia e a desproporção com a pena conferida ao homicídio culposo. É fácil visualizar que seria irracional conferir uma amplitude de pena a uma figura qualificada pela violação da integridade física em montante superior ao cominado à forma qualificada pela morte culposa. A única maneira de contornar essa anomalia, reconhecendo a inconstitucionalidade do tipo qualificado de “racha” com resultado de lesão

grave culposo (por flagrantemente desconsiderar a harmonia constitucional de bens jurídicos, tratando a lesão corporal de forma mais grave que a própria morte) seria atraindo a incidência da figura da lesão corporal culposa no trânsito do art. 303 do Código de Trânsito. Afinal, nos limites desse paradigma de interpretação, o indivíduo, a parte mais fraca na relação jurídico-penal, não poderia ser prejudicado pela imprevidência do Estado Leviatã, o qual não se desincumbiu adequadamente de seu papel de fixar, por lei, os limites do proibido sob a cominação de uma sanção penal.

Esse modelo de interpretação, que parte da presunção inicial de que o produto da atividade legislativa é constitucional (a clássica presunção de constitucionalidade das leis), acaba por transformar em “letra morta” dois dispositivos da Lei nº 12.917/2014 (art. 308, §§ 1º e 2º).

Na sequência, colocou-se esse resultado, em cotejo com o novo debate sobre o dever do Estado de assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais de todas as dimensões, o qual pressupõe um imperativo de garantia positiva/integral dos bens jurídicos de sede constitucional. Foi possível perceber que a liberdade de conformação do legislador penal, o seu âmbito de discricionariedade na condução da política criminal (por meio de descriminalizações, tipificações e fixação de penas), fica bastante reduzida, nesse novo modelo de Estado Social e Democrático de Direito, sendo passível de controle judicial por meio de aplicação da Constituição (Jurisdição Constitucional), tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade em sua dupla face: da vedação do excesso e da proibição da insuficiência na tutela normativa.

Deduz-se que não há blindagem para normas penais que protejam de forma insuficiente bens jurídicos com *status*

constitucional (como o são os direitos fundamentais de todas as dimensões, entre os quais a “vida” dos sujeitos envolvidos no trânsito); dessa forma, tem o magistrado o dever de, com o mecanismo do controle difuso de constitucionalidade e com o emprego da técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto/interpretação conforme a Constituição, negar validade ao sentido do artigo 302, § 2º, segunda parte do Código de Trânsito, o qual comina a pena de reclusão de dois a quatro anos para a morte culposa em situação de “racha”, impondo que para esses delitos se aplique o tipo qualificado do artigo 308, § 2º, do mesmo Código, o qual confere tutela adequada e suficiente ao bem jurídico vida, que legitima a referida criminalização primária.

Essa solução deixa íntegra a norma do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito, para os casos de homicídio culposo qualificado pela embriaguez do condutor e também para a raríssima, mas não impossível, situação em que a competição automobilística não autorizada estiver sendo praticada em via privada, hipótese em que, como já referimos, não ocorreria o crime de “racha” do art. 308, *caput*, mas poderia ocorrer o homicídio culposo qualificado pela participação em “racha” (“racha” fora de via pública e, portanto, produtor de risco concreto à coletividade em escala bastante reduzida, o que legitimaria a diferença na punição). A alternativa da interpretação conforme a Constituição do referido tipo deixa o seu texto incólume na nova redação do Código de Trânsito, apenas negando validade ao seu sentido que produzia a dupla tipificação da morte culposa em situação de “racha”.

Esse modelo de interpretação, que parte das bases constitucionais de toda a hermenêutica jurídica e não confunde a “vigência” de um texto normativo com a sua “validade” no ordenamento, a qual depende da obediência pelo seu “sentido normativo” dos preceitos fundamentais (garantia

positiva e negativa dos direitos e dos valores positivados na Constituição), deixa íntegros todos os dispositivos da Lei nº 12.917/2014, apenas vedando a interpretação do § 2º do art. 302 do Código de Trânsito, que conferia tutela limitada à vida; respeita, dessa forma, a intenção do legislador e a finalidade da lei de maneira mais eficaz que o modelo clássico positivista de interpretação.

Não há dúvida de que essa é a interpretação correta da referida Lei nº 12.917/2014, mas, como ela depende do exercício da Jurisdição Constitucional, na sua forma difusa, com relação à qual os magistrados, em geral, tendem a ter uma postura bastante cautelosa, compreensivelmente, o ideal seria que a Procuradoria-Geral da República impetrasse Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos argumentos anteriormente expostos e com o objetivo de fixar, com efeito vinculante, a interpretação conforme a Constituição do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito. Isso evitaria a insegurança jurídica que, necessariamente, decorrerá do tratamento díspar da questão pelos magistrados e tribunais de todo o Brasil, cada qual procedendo a uma solução da dupla tipificação da morte culposa em situação de "racha" em conformidade com o paradigma de interpretação das normas penais (e de modelo de Estado) que cada um adote no exercício ordinário do seu mister.

Adotando-se solução técnica e político criminalmente ainda mais atual, seria possível que o legislador aproveitasse o ensejo criado pelo imbróglio para prever um tipo específico de culpa gravíssima para as hipóteses de morte e lesão corporal grave, culposas, ocorridas no trânsito, em situação de "racha" ou de embriaguez do condutor.

De fato, passou da hora de o legislador criminal prever um tipo exclusivo de culpa temerária ou gravíssima, pre-

cisamente, para essas hipóteses de crimes de trânsito (“racha” ou embriaguez) em que a punição na modalidade culposa parece insuficiente, produzindo uma sensação de impunidade, enquanto, por outro lado, a punição a título de dolo eventual, para a maioria dos casos, seria desproporcionada e excessiva.

Nesse sentido, já existem propostas de alteração legislativa em tramitação no Congresso Nacional, à semelhança do que consta da redação original do Anteprojeto do Novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012) - art. 121, §§ 5º e 6º - e do Projeto de Lei nº 7.623/2014 da Câmara dos Deputados, a seguir transcritas, no que interessa, a título de informação:

### **Homicídio**

Art. 121. Matar alguém:

Pena – prisão de seis a vinte anos.

[...]

### **Culpa gravíssima**

§ 5º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o agente não quis o resultado morte, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu com excepcional temeridade, a pena será de quatro a oito anos de prisão.

§ 6º Inclui-se entre as hipóteses do parágrafo anterior a causação da morte na condução de embarcação, aeronave ou veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, ou mediante participação em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente. (BRASIL, 2012, p. 56, grifo do autor).

Art. 1º A Lei 5.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 302. [...]

Penas - detenção, de 02 (dois) a 07 (sete) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

[...]

**Culpa gravíssima**

§2º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o crime não foi doloso, mas que o agente previu o resultado e acreditou sinceramente poder afastá-lo, agindo com especial ousadia, a pena será de 04 (quatro) a 08 (oito) anos de reclusão, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

§ 3º Se o agente produz o resultado do caput na condução veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente: Penas - reclusão, de 05 (cinco) a 10 (dez) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (NR)

Art. 303. [...]

§ 1º. [...]

### **Culpa gravíssima**

§2º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o crime não foi doloso, mas que o agente previu o resultado e acreditou sinceramente poder afastá-lo, agindo com especial ousadia, a pena será de 01 (um) a 05 (cinco) anos de prisão, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:

Penas - detenção, de 06 (seis) meses a 03 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º A pena será de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de prisão, sem prejuízo das outras sanções previstas no caput, se o agente pratica o fato:

I – antes das 2h (duas) horas da madrugada;

II – na proximidade de locais de constante ou transitória circulação elevada de pessoas, como instituições de ensino em geral, creches, hospitais, eventos esportivos ou de entretenimento, ou quaisquer outros em que haja grande adensamento de pessoas;

III – em circunstâncias que possam indicar que houve prévio ajuste ou organização premeditada.

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 03 (três) a 06 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. [...]. (BRASIL, 2014, p. 01-03).

**Os estreitos limites deste trabalho, todavia, não permitem uma análise minuciosa das vantagens e desvanta-**



gens de cada projeto de lei, nem que se trace um perfil detalhado das alterações propostas, cuja indicação, no momento, tem a finalidade precípua de estimular futuras pesquisas.

De todo modo, para uma simples solução do problema, bastaria que o legislador penal, exercendo a sua função de maneira competente, a merecer a confiança nele depositada pelo titular da soberania, adequasse a redação do art. 302, § 2º, do Código de Trânsito, retirando a sua segunda parte. Desse modo, seria evitada a dupla tipificação da morte culposa em situação de "racha".

## 6. Referências

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7623, de 2014. Altera os artigos 302, 303 e 308 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617354>>.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 25.084 – SP. 5ª Turma. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 18 de maio de 2004. *DJE*, 1º jul. 2004, p. 224.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91159 – MG. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 2 de setembro de 2008. *DJE*, 23 out. 2008.

BIANCHINI, Alice; García-Pablos DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 12.971/2014, que alterou o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/comentarioslei129712014quealterou.html>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008\\_AlexandreAraujoCosta.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf)>.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral. In: CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de trânsito: barbeiragem e derrapagem do legislador (?). Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2014/05/13/novaleide-transitobarbeiragemederrapagemdolegislador/>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Ciências Criminais, v. 2).

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A inaplicabilidade da nova lei de trânsito (Lei 12.971/2014)*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/novidades/inaplicabilidade-da-nova-lei-de-transito-lei-12-9712014>>. Acesso em 5 mar. 2015.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANNINI NETO, Francisco; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Lei nº 12.971/2014: barbeiragens legislativas nos crimes de trânsito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3982, 27 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28611>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 22 mar. 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011. (Direito e Ciências Afins, v. 7).

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição e Bem Jurídico: a Ação Penal nos crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor-O Sentido Hermenêutico-Constitucional do art. 225 do CP. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, n. 101, p. 179, mar. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11493>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

**STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em: 1º jan. 2015.**

**Artigo recebido em: 21/03/2016.**

**Artigo aprovado em: 13/02/2017.**

**DOI:**





**177 - 194**

Artigo

**BREVES NOTAS SOBRE O QUE HART  
AINDA TEM A NOS OFERECER:  
O PENSAMENTO JURÍDICO HARTIANO  
ENTRE A CRÍTICA DA MORALIDADE E A  
CONSTRUÇÃO DE UM NOVO POSITIVISMO**

GEORGE AUGUSTO MENDES E SILVA  
VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA





# BREVES NOTAS SOBRE O QUE HART AINDA TEM A NOS OFERECER: O PENSAMENTO JURÍDICO HARTIANO ENTRE A CRÍTICA DA MORALIDADE E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO POSITIVISMO

BRIEF NOTES: WHAT DOES HART STILL HAVE TO OFFER?  
THE HART'S LEGAL THINKING BETWEEN THE CRITIQUE OF MORALITY AND  
THE CONSTRUCTION OF A NEW POSITIVISM

GEORGE AUGUSTO MENDES E SILVA

Mestrando em Direito  
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil  
georgemendes19@hotmail.com

VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA

Professor  
PUC Paraná  
victorsilva.costa@yahoo.com.br

**RESUMO.** O presente artigo tem por finalidade a análise de dois fundamentais escritos de Herbert Lionel Adolphus Hart, quais sejam: *Positivismo e a separação do Direito e da Moral*, de 1958, e *O Conceito de Direito*, de 1962, em que o designado autor traça as linhas fundamentais de sua teoria e aponta suas divergências com o Positivismo jurídico que até então se sustentava, pugnado principalmente por Benthan, Austin e Kelsen. Traçando-se um panorama geral da teoria do Direito até Hart, passa-se à análise dos primados fundamentais deste e os pontos de rompimento com a teoria antecedente. Procura-se, como objetivo geral, apontar a perene importância de Hart para a Teoria do Direito contemporâneo concluindo-se que, pela quantidade de autores que influenciou, sua teoria ainda encontra respaldo teórico e prático como alternativa à tese pela qual se sustenta o Direito como ordem coativa ou caracterizado pela qualidade imperativa do comando.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hart; conceito do direito; positivismo jurídico; direito e moral; direito público.

**ABSTRACT.** This article aims to the analysis of two fundamental writings of Herbert Lionel Adolphus Hart, *Positivism and the Separation between Law and Morals* (1958) and *The Concept of Law* (1962), in which the author traces the fundamental lines of his theory and points out their differences with the legal positivism that until then was held mainly by Bentham, Austin and Kelsen. The general picture of the law theory until Hart passes to the analysis of the fundamental primed and break points with previous theory. As a general purpose searching for the perennial point of Hart's importance to the contemporary legal theory, concluding that the amount of authors who influenced his theory still finds theoretical and practical support as an alternative to the thesis, which supports the law as a coercive order or characterized by the mandatory quality of control.

**KEY WORDS:** Hart; concept of law; legal positivism; law and moral; public law.

**SUMÁRIO.** 1. Introdução. 2. Antecedentes ao positivismo hartiano. 3. A posição de Kelsen: Direito como ordem coativa. 4. A posição de Hart: críticas, desenvolvimentos e permanências. 5. Conclusões. 6. Referências.

## 1. Introdução

Não se pode discordar de Ronaldo Porto Macedo Júnior, para o qual, na Apresentação à tradução brasileira da obra de H. L. A. Hart, *Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*, afirmou que este foi, sem dúvida, “o mais influente teórico do direito do mundo anglo-saxão da segunda metade do século XX” (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. I).

Para constatar a sua contribuição à Teoria Jurídica contemporânea, basta verificar todos os teóricos do Direito influenciados pelo pensamento do autor ora em comento. Para, sumariamente, citar alguns, podem-se apontar: Brian Barry, John Finnis, Kent Greenawalt, Neil MacCormick, Joseph Raz, Will Waluchow, Genaro Carrió, Ronald Dworkin (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. I), Scott Shapiro (SHAPIRO, 2011, p. 79), entre tantos outros.

Sua biografia traduz o amadurecimento de sua obra. Nascido em 1907, filho de pais judeus, Herbert Lionel Adolphus Hart estudou durante um curto período no Cheltenham College, escola de que não gostava, e na Bradford Grammar School, onde teve aguçado seu apetite pela discussão de ideias. Após, ele seguiu para o New College de Oxford, obtendo primeiro lugar nas disciplinas de Estudos Clássicos e em História e Filosofia Antigas no ano de 1929.

Ao brilhante desempenho nas matérias mencionadas acima se seguiu a sua aprovação no exame da ordem inglês, em 1932, tendo Hart advogado até 1940. Nos oito anos de prática legal, Hart viu-se desafiado por questões jurídicas

complicadas, envolvendo matérias tributárias, sucessórias, entre outras.

Com a eclosão da segunda guerra mundial, Hart foi convocado para trabalhar no MI5, órgão responsável pela inteligência britânica, mas nunca perdeu o interesse pela Filosofia do Direito. Como obra do acaso, o serviço prestado no referido órgão de inteligência se deu em departamento conexo ao de dois filósofos de Oxford, Gilbert Ryle e Stuart Hampshire, e suas conversas nos intervalos eram sempre entremeadas por questões filosóficas.

Com o fim da guerra, o New College de Oxford renovou o convite, antes recusado por Hart, para ele ser tutor de Filosofia. Calhou de Hart aceitar o segundo convite, retornando à vida acadêmica em 1945, após mais de uma década de prática legal e a serviço da guerra.

Em uma feliz coincidência, a Oxford para a qual Hart voltou passava por um período de profunda excitação filosófica, dando azo a um momento inovador na sua carreira acadêmica. Segundo MacCormick (2008, p. 5-6), Oxford estava repleta de declarações a respeito da “revolução filosófica”, que se percebia como necessária e se considerava estar em curso.

Em 1952, impelido pelo antagonismo teórico ao modelo positivista de J. L. Austin, Hart já contava com o *status* de respeitado membro da nova escola dos filósofos de Oxford no período pós-guerra e acabou sendo eleito para a cátedra de Teoria Geral do Direito daquela importante instituição, substituindo o professor Arthur Goodhart. Lá permaneceu até o ano de 1968, quando, após sua prematura aposentadoria, foi sucedido por Ronald Dworkin, que mais tarde viria a ser um dos principais opositores à sua teoria.

A sua principal obra foi *O Conceito de Direito*, que, nas palavras de MacCormick (2008, p. 8), oferece uma análise dos conceitos de direito e do sistema jurídico por intermédio da discussão do modo como as regras da conduta humana são usadas como padrões sociais de comportamento.

A sofisticada teoria positivista de Hart, marcada pela filosofia analítica, sofreu críticas tanto de moralistas quanto de seus próprios seguidores, sugerindo o aperfeiçoamento de seus conceitos. Como exemplo da resistência intelectual por ele sofrida, temos a famosa polêmica com representantes do moralismo jurídico, como Lon Fuller e Ronald Dworkin.

Destarte, não há dúvidas do enorme impacto da teoria de Hart – cujos cânones serão analisados no tópico seguinte – sobre o pensamento jurídico contemporâneo, sendo certo que a crítica por ela recebida de pensadores de alta envergadura somente constata a sua importância e sua profundidade.

## **2. Antecedentes ao positivismo hartiano**

Hart descreve a tradição utilitarista de Direito, que o antecedeu e influenciou diretamente, como fundada em três pilares fundamentais: o primeiro deles seria a crença na separação entre aquilo que o Direito é e aquilo que deveria ser, isto é, na separação necessária entre o Direito e a Moral. Em segundo lugar, estaria a tese pela qual o estudo de conceitos jurídicos se daria de forma meramente analítica, por meio do exame da linguagem do Direito para a compreensão da natureza deste. E em terceiro e, quiçá, o que mais aqui interessa, é a tese segundo a qual o Direito caracteriza-se pela imperatividade da lei, ou seja, a doutrina de que a lei é um comando (HART, 2010, p. 62).

No que concerne ao seu trabalho crítico, Hart, em parte acompanhando tal tradição, rejeita a ideia de que o Direito é essencialmente moral; ele afirma que a existência de uma lei é sempre uma questão conceitualmente distinta da de seu mérito ou demérito moral (HART, 2010, p. 94).

Ao defender a ausência de uma ligação conceitual necessária entre direito e moral, Hart “[...] rejeita os dogmas do ‘direito natural’ propostos por pensadores tão diversos como Aristóteles, Tomás de Aquino, Grotius, Locke, Kant, Stammler, L. Fuller e, mais recentemente, John Finnis”.

Ao assim fazê-lo, Hart se aproxima da linha de pensamento positivista/utilitarista inaugurada por Thomas Hobbes e David Hume. Entretanto a influência mais direta na sua obra advém dos trabalhos de outros dois proeminentes juristas, Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859). Tais autores tinham basicamente duas teses principais, as quais Hart definiu como pontos característicos do positivismo atribuível a eles:

[...] primeiro, que na ausência de um preceito constitucional ou legal expresso, o mero fato de a norma violar os padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser regra jurídica; e, inversamente, o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não poderia implicar que fosse regra jurídica. (HART, 2010, p. 59-60).

Com efeito, Hart entende que a existência do Direito advém de fenômenos sociais complexos e que as leis estão sempre sujeitas à crítica moral; argumenta que, no entanto, não há nenhum embasamento conceitual que autorize a conclusão de que aquilo que o Direito “é” deve coincidir com o que ele, no plano ideal, “deveria ser”. Assim conclui, a exemplo de Jeremy Bentham e John Austin:

[...] a moralização do conceito de direito defendida pelos naturalistas ou tende para uma forma de conservadorismo extremo (tudo o que é lei deve ser moral, portanto, toda lei é moralmente obrigatória) ou para o anarquismo revolucionário (se a lei deve ser moral, os governos devem ser desobedecidos ou mesmo derrubados se o que eles propõem como lei não é moralmente justificável). (MACCORMICK, 2008, p. 37).

No entanto, se a crítica à filosofia jusnaturalista e o apreço à ideia de que o Direito deriva de fontes sociais aproximam a teoria de Hart daquelas preconizadas por Bentham e Austin, a caracterização daquelas fontes, por outro lado, afasta-as irremediavelmente (MACCORMICK, 2008, p. 37). E é justamente aqui, na crítica à doutrina desenvolvida por Bentham e Austin, que o trabalho analítico de Hart transparece.

Diferentemente dos seus dois antecessores, que conferem função distintiva à coerção para a identificação do Direito e conceituam a lei como um comando do soberano respaldado pela ameaça de punição em caso de descumprimento, Hart defende a existência de obrigações jurídicas desprovidas de sanção; argumenta ainda que a coerção teria função meramente instrumental (ela não é essencial ao Direito), como melhor se desenvolverá no item 5 do presente artigo.

Para Hart, a fonte da normatividade do Direito não é a ameaça de sanção, mas a aceitação social. Segundo o autor, estar sob uma obrigação jurídica significa a internalização do sistema normativo, e não que se está, necessariamente, sob a ameaça de uma sanção.

### **3. A posição de Kelsen: Direito como ordem coativa**

Em continuidade à inquirição da tradição jurídica anterior a Hart, aqui, ainda, é possível verificar que a doutrina hartiana

não somente se contrapõe ao positivismo de Bentham e Austin – apontando suas imperfeições imperativas –, mas também apresenta importantes distinções em relação à teoria de um dos maiores positivistas de seu tempo, Hans Kelsen.

Para Kelsen, “as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana” (KELSEN, 2006, p. 36). Somente determinada conduta humana seria exigível na medida em que o descumprimento de uma obrigação exigida pela norma fosse ligada a um ato coercitivo. Em outras palavras, quer-se dizer que as normas estabelecem critérios de coação executáveis pela comunidade jurídica sempre que a efetivação das normas encontre resistência. Com base nesse fundamento é que Kelsen formula sua teoria da norma, para a qual, em resumida síntese, na norma primária encontra-se a sanção e na norma secundária encontra-se a obrigação ou a proibição. (KELSEL, 1986, p. 68 et seq.).

É a partir de tal cenário que, *mutatis mutantis*, todavia partindo de Austin, que possuía entendimento parecido com o de Kelsen – afirmando que a “chave para a ciência do direito” residia na noção de ordem coercitiva – que Hart começa a tecer suas críticas (HART, 2009, p. 106).

Assinala Neil MacCormick:

Assim, embora concordando que a lei sempre e necessariamente deriva de ‘fontes sociais’, Hart discorda profundamente de Bentham e Austin quanto à caracterização adequada dessas fontes. Sua doutrina aqui também o diferencia do maior dos positivistas legais entre os seus contemporâneos, Hans Kelsen. Para Kelsen, como para Hart, a lei é intrinsecamente normativa; isto é, ela determina o que *deve ser* feito em relação a uma certa forma de ordem social, não o que realmente *é* feito. Como um seguidor de Kant, Kelsen tem isto para dizer que há uma categoria separada



do pensamento humano, a categoria do *dever ser*, que é radicalmente distinta do *é* e daquele princípio da causalidade, que é pressuposto em todo o nosso pensamento sobre processos naturais. Hart discorda. Para compreendermos a normatividade das regras sociais, sejam elas legais, morais ou outras, nós só precisamos refletir sobre as *atitudes* humanas para a ação humana. (MACCORMICK, 2008, p. 37).

A toda evidência, a teoria de Hart dialoga com as obras dos maiores juristas de seu tempo, não havendo dúvidas do seu enorme impacto sobre o pensamento jurídico contemporâneo. Desse modo, a fim de melhor compreender-se a visão do Direito contemplada por Hart, os cânones de sua teoria jurídica serão mais detidamente analisados no tópico seguinte.

#### **4. A posição de Hart: críticas, desenvolvimentos e permanências**

Como já visto, S. Shapiro afirmou que a teoria de Hart é capaz de explicar muitas das características comuns dos sistemas jurídicos modernos que estavam obscuras na teoria de Austin (SHAPIRO, 2011, p. 80). Ao contrário deste, a ideia básica de Hart é a de que se devem abandonar as opiniões segundo as quais o sistema jurídico se fundamenta na obediência de um “soberano juridicamente ilimitado” em favor de uma regra de reconhecimento “que confere a um sistema normativo seus critérios de validade” (HART, 2009, p. 142).

O primeiro ponto a se destacar é que Hart considera o centro de um sistema jurídico a união de regras primárias e secundárias. Isso o leva a rechaçar a concepção de que o direito consistiria em um conjunto de ordens coercitivas do soberano, uma vez que essas não seriam suficientes para explicar o fundamento e as características principais de um sistema jurídico (HART, 2009, p. 103).

Em primeiro lugar, quando se afirma que o direito vigente é aquele proveniente da vontade do soberano, via de regra se desconsidera que aquele que edita as leis se submeteria a elas. Em segundo lugar, por esse critério, restam desconsiderados outros tipos normativos que simplesmente outorgam poderes para formular leis ou legislar (HART, 2009, p. 103). Em terceiro lugar, também restam ignoradas normas que não têm origem explícita. E, por fim, ao não se estabelecer um critério de limitação ao soberano legislador, não há explicação para continuidade da competência de legislar. Em sendo o direito um fenômeno social e histórico, as teorias preditivas, em regra baseadas em critérios de lógica tão somente, desconsideram que a lei continua, mesmo que seu criador venha a perecer (GREEN, 2012, p. XX). O grande objetivo de Hart, ao que parece, é o de oferecer critérios de limitação ao poder, ao estatuir preceitos pelos quais se possa identificar o direito sem referência ao argumento puro e simples do poder, nem recorrer à coação como fundamento da exigibilidade do direito.

Nesse sentido é que um sistema jurídico não pode subsistir apenas com regras que impõem obrigações; necessita também de regras que, dizendo respeito às primeiras, isto é, secundárias, estipulem a forma como estas serão introduzidas, modificadas ou extintas e determinadas ou controladas (HART, 2009, p. 105).

As teorias preditivas, como Hart denomina as teses nas quais o direito se fundamenta na coercitividade da ordem jurídica, apresentam determinados erros que serão elucidados a seguir, como forma de se tirar do centro da discussão a ideia de coerção e se colocar a união de normas primárias e secundárias.

Tratando das regras de obrigação, Hart, em primeiro lugar, contrapõe duas situações distintas: a de se sentir obrigado

e a de se ter uma obrigação. Enquanto a primeira se refere a um dado psicológico de se acreditar se ter uma obrigação pelo fato de poder vir a sofrer uma punição caso não a cumpra, a segunda é verdadeira, mesmo que a pessoa acredite que nunca seria descoberta se transgredisse a norma e não tivesse nenhum receio por sua desobediência. Isto quer dizer que a primeira grande crítica às teorias que fundamentam o direito em uma ordem coativa está no fato de esta desconsiderar que o ilícito não é apenas a causa para se prever a reação hostil, mas o próprio fundamento para a aplicação da punição. (HART, 2009, p. 109).

A segunda crítica reside na questão da efetividade da sanção quando esta é aplicada a um número grande de agentes que atuam na ilegalidade. Esse sistema, pois, supõe a confiança nas instituições de aplicação da sanção, o que, em uma sociedade complexa, vislumbra-se indemonstrável, haja vista a existência de acentuado índice da conhecida cifra negra.

Para se compreender a ideia de obrigação, portanto, fez-se necessário, para Hart, o retorno à ideia de norma social, pois esta envolve a combinação de condutas regularmente praticadas com uma atitude característica tomada em relação a essas condutas interpretadas como um padrão (ações-padrão) (HART, 2009, p. 111). São, pois, mais do que meros hábitos. Nesse contexto, diferem-se as normas sociais das normas morais, pois as últimas se fundamentam na culpa ou no remorso de sua transgressão, enquanto, por outro lado, as primeiras se baseiam em sanções físicas. É, portanto, a “seriedade” da coação que determina sua natureza normogenética.

A obrigação baseada no critério da coação apresenta, segundo Hart, uma concepção enganosa. Em primeiro lugar, não há garantia de que a sanção realmente ocorra. Além

disso, pesa contra as teorias preditivas o fato de declararem as reações legais como consequências da infração, e não clarificarem quando uma pessoa terá determinada obrigação (HART, 2009, p. 115).

Trazem-se à baila, nesse momento, as vertentes internas e externas das normas. Sob a perspectiva externa, própria do positivismo de Austin e de Kelsen, o mero observador não se considera sujeito às normas dispostas no sistema, enquanto o integrante do grupo as vivencia, aceitando-as e as praticando no dia a dia. A perspectiva externa, por isso, desconsidera a aceitação da norma pelo grupo social, e a partir disso como determina seu comportamento, apenas baseando-se em “regularidades observáveis” (HART, 2009, p. 116). Apenas a utilização e a aceitação da norma permitem verificar que a sua infração constitui o fundamento da coação e não só sua consequência (HART, 2009, p. 116).

A identificação de regras primárias, contudo, depende do preenchimento de alguns critérios. Em uma sociedade tradicional, como no exemplo dado por Hart, a primeira condição para a existência de tais normas é que contenha “restrições ao uso gratuito da violência” (HART, 2009, p. 118). A segunda é que a quantidade de pessoas que aceitam a norma deve superar a de pessoas que a rejeitam, em prol da manutenção da coação.

Todavia, tais simples critérios não encontrariam acolhida em uma sociedade complexa, necessitando, pois, de um complemento. A tal complemento Hart atribui o nome de regra secundária. O primeiro motivo é a ausência de um sistema, a incerteza quanto a um critério identificador das normas e do âmbito de sua aplicação: Hart soluciona esse defeito com a introdução da regra de reconhecimento (*rule of recognition*), para se identificar a “a maneira correta de escl-

recer dúvidas quanto à existência da norma” (HART, 2009, p. 123). Os critérios oferecidos por tal regra secundária podem ser diversos: a aprovação da norma por órgão específico, seu uso em decisões judiciais, sua aceitação como costume etc., além de estabelecer uma ordem de primazia hierárquica entre diversos critérios em caso de conflito. Em se estabelecendo a identificação de certa norma como autorizada, introduz-se nesse âmbito a ideia de validade jurídica (HART, 2009, p. 123), que mais à frente será melhor explorada.

Da mesma forma, em segundo lugar, padecem tais normas de uma sociedade tradicional do defeito de ser estáticas, dependendo sua alteração de um demorado processo. Como solução, Hart expõe o critério das regras de modificação, que permitem a introdução de novas normas, sua modificação e sua revogação. Tal norma secundária serviria, por exemplo, para elucidar os casos em que o indivíduo estaria desobrigado do cumprimento de determinada obrigação imposta pela regra primária, sendo imprescindível, nesse caso, para o entendimento das causas de exclusão de ilicitude, nos procedimentos de promulgação e revogação legislativa, etc.

Em um terceiro momento, padeceriam as normas de um sistema simples, em que só se encontram normas primárias, da ineficiência da coação difusa. Trata-se, nesse caso, da introdução de regras de julgamento capazes de atribuir “poderes judiciais” (HART, 2009, p. 125) e condições diferenciadas às declarações judiciais, outorgando aos juízes o poder de aplicação de sanções (HART, 2009, p. 126).

A união dessas três regras secundárias às regras primárias formam, segundo Hart, não apenas “o cerne de um sistema jurídico” (HART, 2009, p. 127), mas um poderoso instrumento para o enfrentamento de muitos problemas que têm intrigado os juristas e teóricos políticos no passar dos anos.

A aplicação de uma norma específica por determinado tribunal importa na aceitação da regra de reconhecimento, por vezes não explicitada. O cumprimento dessa aceitação de normas somente pode ser observado a partir de uma perspectiva interna, pois relacionado diretamente à aplicação do direito e com isso à aceitação de um critério identificador. Nessa perspectiva é que vincula a ideia de validade jurídica, representando essa a observação do preenchimento de determinados critérios demandados pela norma secundária em relação à norma primária, como integrante do sistema (HART, 2009, p. 133).

Hart chama a atenção para o fato de que, por mais que possa parecer trivial, validade não se confunde com eficácia. A segunda categoria diz respeito à observância da norma no tempo, em nada interferindo na sua validade. Enquanto a validade representaria um dado interno do sistema, sua eficácia representaria um “enunciado factual externo” (HART, 2009, p. 135) em relação à simples observação da desconsideração da norma pelo grupo.

Hart percebe na regra de reconhecimento o fundamento último de validade das demais normas. Em sendo fundamento último, sua validade não adviria de uma norma superior pressuposta, como propôs Kelsen (KELSEN, 2006, p. 224 et seq.), pois tal constatação conduziria a um “erro grave” (HART, 2009, p. 139). Em primeiro lugar, a validade de uma norma jurídica depende da aceitação de uma regra de reconhecimento como idônea a identificar determinada lei; em segundo lugar, a regra de reconhecimento não é aceita somente por quem, como segurança, afirma a validade da norma, mas como condição de funcionamento do sistema. Conforme lembra Leslie Green, Kelsen desconsidera a construção social que envolve a aplicação da norma. Por um raciocínio silogístico, a norma deve ser pressuposto da norma

superior para ser válida. O conhecimento do direito não dependeria, portanto, de nenhum aspecto social ou histórico (GREEN, 2012, p. XIX). Em rejeição à teoria de Kelsen, Hart afirma, segundo Green, que o direito é uma construção social que surge do que as pessoas estão pensando e fazendo (GREEN, 2012, p. XIX). A existência das regras de reconhecimento, modificação e julgamento, outrossim, reforça a ideia de não ser o direito apenas uma ordem coercitiva, pois tais normas são desprovidas de sanção. As normas dispositivas de direito privado reforçam a mesma ideia. As normas que conferem poderes não podem ser meros fragmentos do direito como queria Kelsen, mas possuem validade por diferentes razões (GREEN, 2012, p. XXXI).

Para Hart, a validade do sistema não estaria em uma norma pressuposta ou em justificações morais, mas na prática dos tribunais, órgãos oficiais e entes privados (GREEN, 2012, p. XXI). Por isso, são apresentadas duas ideias relacionadas à regra de reconhecimento: o caráter de norma última e o critério supremo na solução no caso de haver diversos critérios hierarquizados (HART, 2009, p. 136). Detenhamo-nos no primeiro critério. Sobre ele esclarece Hart:

Podemos afirmar que um critério de validade jurídica ou fonte do direito é supremo se as normas identificadas mediante referência a ele são ainda reconhecidas como normas do sistema mesmo que conflitem com outras normas identificadas mediante referência aos outros critérios. (HART, 2009, p. 137).

A norma última deve ser entendida como o lugar onde cessam as indagações acerca da validade das outras normas, não existindo norma superior à qual se recorra para derivar logicamente a validade da regra de reconhecimento, por isso tal característica (HART, 2009, p. 138). Esse traço é um dos diferenciais da dinâmica

jurídica de Kelsen, por exemplo. Trata-se, como esclarece Hart, não de uma derivação de validade, mas de um enunciado valorativo da existência última da regra de reconhecimento. A validade só é necessária para identificar normas dentro do sistema, nunca podendo ser questionada sua validade. Seu uso é tido simplesmente como aceito (HART, 2009, p. 140). A existência da regra de reconhecimento é considerada questão de fato, não podendo ser arguida sua validade jurídica, uma vez que depende de sua aceitação e aplicação pelos tribunais, órgãos oficiais e entes privados. (HART, 2009, p. 142).

Abandonada, pois, a ideia de ordem coativa baseada na obediência a um soberano ilimitado, novas questões surgem para ser analisadas. A primeira delas se refere à classificação da regra de reconhecimento no caso de categorias que fogem às usuais. A regra de reconhecimento sendo vista como direito ofereceria os critérios aptos a identificar outras normas no sistema. Mas também pode ser encarada como fato, na medida em que existe na práxis do sistema.

Vencida a classificação, surgem as indagações acerca da existência de um sistema jurídico em determinado grupo ou país. Como já elucidado, diferente da teoria de Kelsen, Hart acredita que um sistema jurídico é social e historicamente determinado. Por isso conclui que a “existência cotidiana do sistema consiste também na criação oficial e na identificação, uso e aplicação oficial e pública das normas jurídicas” (HART, 2009, p. 145). Isso a teoria de Austin de obediência ao soberano é incapaz de explicar, pois ignora “as condições mínimas que uma sociedade precisa satisfazer para possuir um sistema jurídico” (HART, 2009, p. 145). Não se trata mais, pois, de meramente obedecer, mas de aceitar como obrigatória a norma última, isto é, ser considerada sob uma perspectiva interna, como padrão para decisão correta (HART, 2009, p. 149).

Arrematando, sob a ótica de Hart, dois são os requisitos que devem ser preenchidos para se verificar a existência de um sistema



jurídico: “as normas de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas” e “as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos de comportamento” (HART, 2009, p. 150).

## 5. Conclusão

Segundo se pretendeu demonstrar nas linhas acima, a teoria positivista de Hart é bastante ampla e sofisticada, e, embora não esteja isenta de críticas, posiciona o referido autor entre os grandes filósofos do direito do século XX, cuja obra ainda ecoa no pensamento jurídico contemporâneo. Hart, desse modo, apresenta-se como importante alternativa à teoria segundo a qual se caracteriza o Direito como comando, muito embora ainda dentro de uma perspectiva positivista, em que pese com algumas ressalvas a teoria da separação do Direito e da Moral. A teoria hartiana apresenta o Direito como fenômeno social, uma vez que as regras para o reconhecimento das normas primárias devem ser aceitas como padrões de comportamento. Tal perspectiva ainda tem muito a oferecer à contemporânea Teoria do Direito.

A apresentação de uma estrutura normativa segundo a qual se tenta superar o sistema escalonado da dinâmica kelseniana reveste-se de especial originalidade, principalmente no que toca à estrutura das regras desprovidas de sanção, cuja validade ecoe apenas em caráter procedimental ou em relação à operacionalização da continuidade e da evolução do sistema jurídico. É, sem dúvida, um grande avanço na tentativa de compatibilizar o positivismo jurídico com as demandas do Estado de Direito.

As aplicabilidades prática e teórica da teoria hartiana são evidentes, sendo certo que os seus pontos que sofrem críticas

por parte de outros teóricos podem ser superados com algum aperfeiçoamento. Neil MacCormick, por exemplo, observa em seu livro *H. L. A. Hart*, cuja segunda edição assumiu perspectiva um pouco mais crítica que a primeira em relação à obra *O Conceito de Direito*, chegou a firmar que o método adotado por Hart é bom e sua aplicação condizente com sua base metodológica. Parece-nos que, em que pese o positivismo jurídico, na atualidade, esteja sendo alvo de uma série de críticas em virtude de um suposto engessamento das formas jurídicas, apenas um sistema que ofereça balizas bem definidas sobre a delimitação da ordem jurídica pode oferecer garantias contra arbitrariedades passíveis de ser cometidas pelo poder político. A apresentação, ainda que breve, da teoria hartiana, serve, pois, para nos inserir nessa perspectiva de limitação do poder do soberano, reafirmando a crítica da doutrina segundo a qual o Direito possa ser fruto da vontade do poder.

## 6. Referências

GREEN, Leslie. Introduction. In: HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HART, H. L. A. *Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. de José Ghirardi e Lenita Esteves. Rev. téc. Ronaldo Porto Macedo Júnior e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Conceito de Direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *The Concept of Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

KOZICKI, Katya. Uma abordagem do Direito em Hart. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA DO DIREITO, 4., 1990, João Pessoa. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 12, n. 23, 1991.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *As várias lições de H. L. A. Hart*. In: HART, H. L. A. *Ensaio de Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. de José Ghirardi e Lenita Esteves. Rev. téc. Ronaldo Porto Macedo Júnior e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

Artigo recebido em: 02/08/2015.

Artigo aprovado em: 11/03/2017.

DOI:





**199 - 230**  
*Artigo*

**CRISE DA EFETIVIDADE DA TUTELA  
JURISDICIONAL COLETIVA**

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES



# CRISE DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

CRISIS OF THE EFFECTIVENESS OF COLLECTIVE JURISDICTIONAL PROTECTION

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Rondônia, Brasil

samuellvarengagoncalves@gmail.com

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade apresentar breves reflexões sobre a crise na implantação material dos direitos coletivos *lato sensu* no século XXI pela via do processo coletivo, dadas algumas deficiências dos seus instrumentos de efetivação. Propõe-se a questionar se o Direito – e a noção de justiça que costumeiramente vem atrelada a este conceito – é capaz de atender ao pacto constitucional da Carta Cidadã de 1988. O Poder Público é um dos maiores demandados em sede de ações coletivas propostas pelo Ministério Público. Assim, o texto abordará especialmente as dificuldades no cumprimento de sentença em face do Estado no tocante às suas obrigações de fazer judicialmente determinadas.

**PALAVRAS CHAVES:** Processo; coletivo; crise; instrumentos; efetivação.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to present brief reflections on the crisis in the substantial implementation of collective rights *lato sensu* in the XXI century through the collective process, due to some deficiencies of its instruments of effectiveness. It proposes to question whether the Law - and the notion of justice that is usually linked to this concept - is capable of meeting the constitutional pact of the Citizen Charter of 1988. The Government is one of the largest defendants in collective actions proposed by the Public Prosecution Service. Thus, the text will address, in particular, the difficulties in complying with the judgment against the State in relation to its obligations to make certain judicial decisions.

**KEY WORDS:** Process; collective; crisis; instruments; effectiveness.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Hiperjudicialização das demandas coletivas em razão da omissão sistêmica ou da ineficiência administrativa do Poder Executivo. 3. Insuficiência das medidas de coerção em sede de execução de obrigações de fazer em face do Poder Público negligente ou omissor. 3.1 Aplicação de multas. 3.2 Interferência no orçamento, bloqueio de verbas e atos administrativos em sentido estrito. 3.3 Responsabilização pessoal do agente público. 3.4 Resolução em perdas e danos. 4. Conclusão: em busca de novos rumos para a realização do direito material coletivo. 5. Referências.



## 1. Introdução

A tutela (material e processual) dos direitos coletivos *lato sensu* ainda encontra fortes obstáculos em nosso país, não obstante sua importância e notória imprescindibilidade no contexto da proteção aos direitos massificados.

Elton Venturi destaca a inadequação do tratamento jurídico quanto ao tema da responsabilidade civil por danos difusos e coletivos:

E neste aspecto, a insuficiência do ordenamento jurídico positivo no campo da reparação aos danos difusos e coletivos, sem dúvida, constituiu e ainda constitui óbice aos reclames da vida social. Os sistemas de responsabilidade civil, tanto contratual como aquiliana, baseados na culpa, revelam-se à evidência inadequados para um sistema geral de reparação àquelas espécies de danos, derivados da produção em série, da distribuição e consumo em massa. (VENTURI, 1995, p. 79-98).

Nesse cenário, a preocupação com a efetividade da tutela coletiva e dos instrumentos à sua realização vem merecendo a atenção da doutrina em nosso país.

Desde os primeiros movimentos para a sedimentação de uma teoria geral aplicável ao processo coletivo, sempre se primou em reservar, à tutela jurisdicional coletiva, ferramentas e fundamentos que a diferenciassem das demais formas de tutela jurisdicional de natureza meramente individual.

Para Teori Albino Zavascki,

não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e so-

fisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna. Conforme observou Barbosa Moreira, “o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais”, de modo que, se ainda é insatisfatória a tutela de tais interesses, certamente “não é a carência de meios processuais que responde” por isso. (ZAVASCKI, 2017, p. 37).

Contudo, em que pesem os reconhecidos avanços nessa seara, a estrutura normativa da tutela coletiva em nosso país ainda possui algumas falhas e apresenta certos obstáculos a serem superados.

Sérgio Shimura (2006, p. 20) nos ensina que os dispositivos relativos à execução coletiva necessitam de melhor sistematização e organização em virtude dos inúmeros diplomas legais existentes, nem sempre passíveis de adaptação ao fenômeno da tutela coletiva.

Por isso, conquanto tenha havido inquestionável avanço no trabalho de sistematização do processo de certificação dos direitos coletivos *lato sensu*, a sua execução/efetivação no plano processual ainda apresenta pontos de fragilidade e a simples condenação não assegura o acesso à justiça, de forma concreta e a contento.

## **2. Hiperjudicialização das demandas coletivas em razão da omissão sistêmica ou da ineficiência administrativa do Poder Executivo**

O uso das ações coletivas é conhecido desde as mais remotas épocas, especialmente durante o período medieval envolvendo disputas entre aldeões e seus *lords*, fiéis e seus clérigos, tendo por objeto a discussão sobre a condição de

servos, problemas relativos ao uso dos feudos e o pagamento de impostos às autoridades locais (LEAL, 1988, p. 21-22)<sup>1</sup>.

Entretanto, notadamente na sociedade massificada pós-revolução industrial e pós II Guerra Mundial que verificamos uma intensificação da necessidade no uso de mecanismos aptos ao ataque dos problemas complexos que dali surgiram.

Sérgio Shimura (2006, p. 33) anota que é justamente nesse período que as relações jurídicas contemporâneas “[...] ultrapassaram esfera puramente material para afetar grupos de pessoas, determináveis ou não, exigindo a transformação do direito material ou processual, e principalmente, a mudança de mentalidade, de postura e de cultura”.

Na mesma linha, no que concerne à realidade brasileira, José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 277) sustenta que especialmente após a Constituição de 1988 instaurou-se um verdadeiro espírito de cidadania no brasileiro, desejoso da concretização do ideário constituinte.

Diante desse importante fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento de demandas perante o Poder Judiciário. Os números alarmantes são de conhecimento geral. E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, mas sem um plano estratégico e consistente de concretização das políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado uma maciça judicialização dos conflitos.

---

1 Porém, segundo aponta Mafrá Leal (1988, p. 22): “A maioria da doutrina, entretanto, prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII como uma variante do *bill of peace*. O *bill* era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos”.

Atento a este significativo problema, de todo indesejado, o legislador pátrio tem procurado introduzir em nosso sistema processual, ao longo do tempo, inúmeras técnicas tendentes a acelerar a marcha do processo, pagando um altíssimo preço à custa dos jurisdicionados (CRUZ E TUCCI, 2015, p. 277).

Há aproximadamente 25 anos, Arruda Alvim já escrevia sobre a quantidade e a oferta de instrumentos processuais existentes no Direito brasileiro, ao lado de um extenso rol de direitos previstos no texto da Constituição. Todavia, igualmente advertia Alvim: “[...] não é animadora a situação estrutural do Poder Judiciário, como também, precária é a situação de conscientização de grandes camadas da população”. (ALVIM, 1991, p. 7-23).

Se, por um lado, houve a inegável confirmação de novos direitos no plano material, por outro lado, há quem sustente que a burocracia na tramitação do processo ainda mostrava-se responsável por uma demora irrazoável na concretização desses direitos.

Para Montenegro Filho (2005, p. 173), a *arte de litigar*, própria do povo latino, acaba por permitir que sejam levados, ao Judiciário, tantos casos sem qualquer relevância, assim como matérias de alta indagação com reconhecida repercussão jurídica.

Bem por isso, com a priorização no uso das ações coletivas, imaginou-se que haveria uma nova racionalidade na gestão processual, assegurando maior efetividade na salvaguarda de direitos proporcionada com a tutela jurisdicional coletiva.

Não obstante os esforços em possibilitar uma nova e coerente gestão processual, aliada à criação de mecanismos de

bloqueio na perpetuação indefinida das lides, denota-se que ainda hoje o excesso de judicialização é um dos principais entraves para a tutela de direitos no País, com reflexos negativos no que concerne às demandas massificadas, mais complexas e, portanto, de mais difícil trato e resolução final.

O Poder Executivo, sem dúvida o maior litigante brasileiro, ao descumprir reiteradamente os preceitos que a própria Constituição Federal lhe obriga seguir, acaba por canalizar, ao Judiciário, dezenas de milhares de ações que simplesmente poderiam ser evitadas, caso fossem efetivadas, a tempo e forma, as políticas públicas em benefício do cidadão, em especial daqueles considerados hipervulneráveis, na tão bem cunhada expressão usada pelo Ministro Herman Benjamin, junto ao Tribunal da Cidadania<sup>2</sup>.

---

2. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. fornecimento de prótese auditiva. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA ad causam. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89.

1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente.

2. Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário, Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex., sobretudo se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte.

3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental.

4. É dever de todos salvaguardar, da forma mais completa e eficaz possível, os interesses e direitos das pessoas com deficiência, não sendo à toa que o legislador refere-se a uma “obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade” (Lei 7.853/89, art. 1º, § 2º, grifo acrescentado).

5. Na exegese da Lei 7.853/89, o juiz precisa ficar atento ao comando do legislador quanto à finalidade maior da lei-quadro, ou seja, assegurar “o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social” (art. 1º, caput, grifo acrescentado).

6. No campo da proteção das pessoas com deficiência, ao Judiciário imputam-se duas ordens de responsabilidade: uma administrativa, outra judicial. A primeira, na estruturação de seus cargos e serviços, consiste na exigência de colaborar, diretamente, com o esforço nacional de inclusão social desses sujeitos. A segunda, na esfera hermenêutica, traduz-se no mandamento de atribuir à norma que requer interpretação ou integração o sentido que melhor e mais largamente ampare os direitos e interesses das pessoas com deficiência.

7. A própria Lei 7.853/89 se encarrega de dispor que, na sua “aplicação e interpretação”, devem ser considerados “os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito e dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito” (art. 1º, § 1º).

8. Por força da norma de extensão (“outros interesses difusos e coletivos”, consoante o art. 129, III, da Constituição de 1988; “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, nos termos do art. 110 do Código de Defesa do Consumidor; e “outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”, na fórmula do art. 25, IV, alínea “a”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), cabe ao Judiciário, para fins de legitimação ad causam na Ação Civil Pública, incorporar ao rol legal em numerus apertus, importa lembrar, novos direitos e interesses, em processo de atualização permanente da legislação.

9. A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar uma única pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é pública, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (= critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da própria natureza da relação jurídica-base de inclusão social imperativa. Tal perspectiva que se apoia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e o legitimam realça a necessidade e a indeclinabilidade de proteção jurídica especial a toda uma categoria de indivíduos (= critério qualitativo dos beneficiários diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como jus cogens.

10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos.

11. Maior razão ainda para garantir a legitimação do Parquet se o que está sob ameaça é a saúde do indivíduo com deficiência, pois aí se interpenetram a ordem de superação da solidão judicial do hipervulnerável com a garantia da ordem pública de bens e valores fundamentais in casu não só a existência digna, mas a própria vida e a integridade físico-psíquica em si mesmas, como fenômeno natural.

12. A possibilidade, retórica ou real, de gestão individualizada desses direitos (até o extremo dramático de o sujeito, in concreto, nada reclamar) não os transforma de indisponíveis (porque juridicamente irrenunciáveis in abstracto) em disponíveis e de indivisíveis em divisíveis, com nome e sobrenome. Será um equívoco pretender lê-los a partir da cartilha da autonomia privada ou do ius dispositivum, pois a ninguém é dado abrir mão da sua dignidade como ser humano, o que equivaleria, por presunção absoluta, a maltratar a dignidade de todos, indistintamente.

13. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedentes do STJ.

14. Deve-se, concluir, por conseguinte, pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar, na hipótese dos autos, Ação Civil Pública com o intuito de garantir fornecimento de prótese auditiva a portador de deficiência.

15. Recurso Especial não provido.

(REsp 931.513/RS, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias - Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região, Rel.: p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 27/09/2010).

Essa judicialização crescente – que em última análise importa na transferência, para o Judiciário, do dever de decidir sobre temas tradicionalmente afetos ao Executivo ou Legislativo – tem sido levada a efeito não por escolha ou opção dos Tribunais.

A omissão sistêmica das instâncias essencialmente políticas na efetivação dos comandos constitucionais acaba por conduzir o cidadão às portas do Judiciário, em busca da concretização de direitos ou acertamento dos mais diversos temas.

E essa inação ou síndrome de omissão do Poder Executivo acaba por gerar, segundo palavras de Mafra Leal, uma indevida e otimista “fuga ao Judiciário” para a concretização dos direitos difusos, especialmente daqueles capitulados nas políticas públicas constitucionalmente previstas:

Se o Executivo é fraco e com graves lacunas no cumprimento de direitos e não dispõe de força suficiente para atender aos comandos normativos que encerram políticas públicas, as esperanças de complementar essa tarefa se volta para o Judiciário. Ao invés de fortalecer o Executivo, desvia-se para uma espécie de ‘fuga para a ação coletiva’ para compensar essa debilidade.

Acreditar que o Judiciário está em condições de atender a essa expectativa de compensar e implementar políticas públicas parece ser uma posição demasiado otimista, até porque se deveria ter uma reflexão profunda sobre as suas funções precípua. Há uma confiança exagerada no modelo brasileiro de que a responsabilidade civil ou obrigações de fazer com preceitos cominatórios, via ação coletiva, para forçar a implementação de políticas públicas, possa substituir a ação administrativa. (LEAL, 2014, p. 181).

Em certa medida, a advertência acima de Mafra Leal possui pertinência. Cada vez mais, ações coletivas vêm sendo ajuí-

zadas no Judiciário contra a omissão do Poder Executivo; contudo, atacam o problema da omissão de implementação de políticas públicas apenas de maneira fragmentada, e não de forma sistêmica.

E outra: decisões judiciais sobre matérias tecnicamente complexas, que não conseguem se concretizar por ausência de mecanismos processuais hábeis, acabam por minar a confiança no sistema de tutela jurisdicional coletiva.

Como efeito colateral, no campo político-jurídico, existe o perigo de envolver e sobrecarregar o Judiciário com decisões complexas, porque a concretização de interesses difusos, na maior parte das vezes, implica a transferência ao Judiciário da tarefa residual de realizar programas do Estado Social. Por isso, as decisões do Judiciário sem efeito prático podem minar a confiabilidade de que as ações coletivas possam resolver tais conflitos. (LEAL, 2014, p. 193).

Talvez por isso, a doutrina especializada tem advertido quanto aos “casos em que a ação civil pública gera uma decisão favorável ao seu autor que, contudo, não consegue executá-la, numa verdadeira ‘vitória de Pirro’, ou seja, ele ganha, mas não leva.” (DIAS, 2006, p. 81-82).

### **3. Insuficiência das medidas de coerção em sede de execução de obrigações de fazer em face do Poder Público negligente ou omissivo**

Um dos grandes obstáculos na efetivação de direitos constitucionais, notadamente daqueles ligados a um *facere* estatal, diz respeito justamente aos entraves que a ordem jurídica vigente ainda oferece na concreção desses interesses massificados, quando utilizada a via jurisdicional como instrumento de pacificação e transformação positiva da realidade social.



Por exemplo, basta imaginarmos uma condenação para que o Poder Público construa uma creche em determinada cidade, em sentença já transitada em julgado.

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, o gestor responsável pela execução da sentença invoca toda a sorte de impedimentos, sendo a justificativa mais comum e rotineira a indisponibilidade orçamentária para a alocação dos recursos financeiros necessários. E, justamente a partir daí, o ordenamento jurídico, segundo nos parece, ainda não fornece mecanismos hábeis a permitir o atendimento da providência fixada no título.

A doutrina e jurisprudência têm apontado as seguintes medidas processuais de coerção em face da desídia do Poder Público na efetivação do comando judicial:

- a) imposição de *astreintes* em face do ente estatal ou do próprio gestor público responsável.
- b) ordem para destinação de rubrica no orçamento do exercício financeiro do ano seguinte, com bloqueio de valores do Erário respectivo.
- c) admoestação quanto às implicações criminais (crime de desobediência), cíveis (ato de improbidade administrativa) e políticas (crime de responsabilidade) quanto ao descumprimento da ordem.

Contudo, tais medidas tradicionalmente aplicadas, na prática, podem não se mostrar adequadas quando a obrigação de fazer dependa de uma ação efetiva e material por parte do destinatário da ordem.

No caso de uma obra pública, por exemplo, várias etapas de um meticuloso desdobramento de atos administrativos serão necessárias até a conclusão daquilo cujo acertamento judicial já foi obtido: destinação de verbas, desenvolvimento de projetos, formação de comissões, realização de licitação, escolha

do vencedor do certame, recebimento da obra, empenhos, aprovação de memorandos, análises pela controladoria-geral do respectivo ente público *etc.*, enfim, todas essas ações praticamente não são obtidas pela simples imposição das atuais formas de penalidade ou pelas técnicas de coerção que o ordenamento jurídico prevê ao gestor desidiioso.

Não bastasse, há ainda situações de decisões judiciais que proporcionam pontos de tensão e de conflitos entre valores constitucionalmente assegurados, como por exemplo, ações coletivas envolvendo a proteção ao meio ambiente e o direito à moradia de populações vulneráveis que invadem áreas ambientalmente protegidas, lembram Vladimir Passos de Freitas e Mariana Almeida Passos de Freitas.<sup>3</sup>

Nesses casos, os citados autores apontam que a execução desse tipo de sentença é a fase que tem causado mais controvérsias, sendo importante ao juiz a busca pela conciliação mesmo que o processo esteja em fase de execução. E mais: eventualmente, [...] poderá até dar solução diversa da que foi determinada especificamente na sentença, ou seja, que tome medida que vise à efetiva cessação do dano ambiental ou respeito ao direito de moradia.” (FREITAS; FREITAS, 2015, p. 860).

Assim, de forma patente, as medidas de responsabilização ao gestor ou à pessoa jurídica têm se mostrado frágeis ou insuficientes para alcançar o bem da vida buscado no bojo do processo coletivo.

---

3 “No Brasil é bastante comum a ocorrência de grandes levas populacionais migratórias e conseqüente descontrole de uma situação urbana, com aumento da pobreza e prática de invasão de áreas de proteção ambiental, em razão da ausência de moradia. As grandes migrações internas podem ser fruto da mecanização da agricultura, das condições climáticas, em especial a seca, e da construção de grandes empreendimentos que acabam atraindo trabalhadores que, com suas famílias, ocupam áreas menos valorizadas e próximas do local de trabalho. Mas tudo isso acaba sendo feito sem um estudo adequado, sem a devida ordenação do território através de um Plano Diretor, tal qual prevê a Constituição Federal em seu art. 182, § 1.º, ou seja, mediante “um instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (FREITAS; FREITAS, 2015, p. 853).

### 3.1 Aplicação de multas

No caso das multas, a sua aplicação em face da pessoa jurídica de direito público em nada traz efetividade à realização do direito material violado. Isso porque o gestor, em regra, não se sente pressionado a cumprir a obrigação, justamente porque a invasão patrimonial será feita em desfavor do Erário, em nada atingindo seus recursos particulares.

Essa medida revela ainda múltipla inutilidade: *primeiro*, porque redundante em novo prejuízo à sociedade, a qual já teve determinado direito coletivo violado em razão da não concretização pelo Poder Público e, ainda, será quem efetivamente pagará a multa aplicada contra o Erário; *segundo*, além de haver regras constitucionais rígidas quanto ao recebimento desse valor, a cobrança apenas poderá ser feita após o trânsito em julgado da decisão<sup>4</sup>, o que se mostra desprovido de qualquer poder de intimidação ao gestor omissivo ou negligente; *por fim*, não podemos deixar de mencionar que existe previsão legal para que multas aplicadas em sede de ações civis públicas sejam canalizadas a fundos próprios, e não para, em regra, serem usadas diretamente na execução ou na concretização da medida buscada<sup>5</sup>.

---

4 “[...] - Inexiste óbice à imposição de multa diária em desfavor do poder público, na medida em que constitui meio coercitivo legítimo a promover o cumprimento da determinação judicial, devendo ser fixada em valor razoável considerando as peculiaridades do caso concreto. - O valor das 'astreintes' somente poderá ser objeto de execução após o trânsito em julgado da decisão definitiva, confirmando a tutela antecipada anteriormente concedida”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0344.12.002852-9/001. Relator Desembargador Moacyr Lobato. Quinta Câmara Cível. Julgamento em 07/07/2016. Publicação em 19/07/2016).

5 “[...] “A multa cominatória, em caso de descumprimento da obrigação de não fazer, deverá ser destinada ao Fundo indicado pelo Ministério Público, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85, uma vez que não é possível determinar a quantidade de consumidores lesados pela cobrança indevida da tarifa sob a emissão de boleto bancário”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 794.752/MA. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 16/03/2010. Dje 12/04/2010)

### **3.2 Interferência no orçamento, bloqueio de verbas e atos administrativos em sentido estrito**

Na doutrina, Inês Virgínia Prado Soares (2006, p. 504), sustenta a possibilidade de que, em sede de ação civil pública, “[...] ordem judicial determine a inclusão de verba no orçamento do próximo exercício financeiro”, como forma de assegurar a “[...] efetivação de políticas sociais estabelecidas em planos de governo e que integram as políticas públicas do Estado”.

Todavia, mesmo a reserva do orçamento pode não ser suficiente para que ocorra a implementação efetiva determinada no comando judicial. É o que nos traz Inês Soares:

A alocação de recursos, em determinado projeto, não garante o gasto efetivo. Dessa forma, administrador tem, em tese, liberdade para ponderar os interesses envolvidos e decidir concretamente a aplicação dos recursos financeiros. Ou ainda, pode o administrador manter-se inerte, sem decidir acerca dos recursos alocados para uma determinada área, possibilitando a exaustão orçamentária ou a relocação das verbas, desde que autorizadas legalmente. Por isso, a esfera decisória de aplicação da dotação orçamentária deve ser fiscalizada pela sociedade e controlada pelo Judiciário, via ação civil pública, em que pese todas as dificuldades e especificidades técnicas (SOARES, 2006, p. 506).

Como escreveu João Batista Lopes, a mera previsão orçamentária é inócua se a ela não for dada a plena efetividade. Por isso, adverte autor, inviável conceber “[...] que outros interesses menos nobres, subalternos, politiquieiros e paroquiais sejam contemplados em detrimento de toda a coletividade, beneficiária das verbas reservadas para a implementação”. (LOPES, 2015, p. 385).

Logo, é fator de grave crise na efetividade da tutela jurisdicional coletiva o fato de não haver um controle mais efetivo

da rigidez e da viabilidade do orçamento ao longo do exercício financeiro. Ora, o simples ajuizamento de ações coletivas para a materialização de direitos não prescinde da existência de um orçamento público organizado e concreto.

De nada adianta os autores coletivos exigirem a implantação dos vários direitos sociais positivados no texto constitucional se não houver um rígido acompanhamento da execução do orçamento que está sob a responsabilidade do gestor. Ou seja, de pouco vale a existência de determinada política pública se não houver recursos efetivamente disponíveis a tal desiderato.

Se, tradicionalmente, essa sempre foi uma incumbência dos Tribunais de Contas, em tempos hodiernos deverá o Ministério Público brasileiro se especializar ainda mais nesse campo de sua atribuição, inclusive para poder oferecer caminhos plausíveis e possíveis dentro dos processos coletivos em fase de cumprimento/efetivação de sentenças/decisões.

Paula Fernanda Vasconcelos Navarro Murda (2012, p. 96), em trabalho dedicado ao assunto, nos lembra de que o orçamento público é “[...]a peça fundamental na elaboração de qualquer despesa pública. É no orçamento que estará a previsão das despesas, bem como os detalhes de cada programa governamental”.

Por isso, dominar o orçamento, compreendê-lo e, acima de tudo, atuar de forma preventiva a evitar o seu esfacelamento e/ou o seu gerenciamento débil, irresponsável ou corrupto, esse sim é um dos maiores desafios do órgão ministerial na fiscalização aos Poderes da República, notadamente, ao Executivo.

Sem um controle preventivo e altamente eficaz do orçamento, a crise da implantação das políticas públicas arrastar-se-á por anos a fio sem se chegar a lugar algum no tocante à consolidação político-constitucional do 1988.

Como se nota, ainda que seja bloqueado determinado valor do ente público, separando-o para a realização da construção de uma obra, o problema agora apenas se torna mais complexo, pois, a quem então caberão as responsabilidades ordinárias acima citadas?

Por mais que o crédito esteja disponibilizado para a execução da política pública em questão, depende-se ainda de uma série de atos materiais por parte da Administração Pública para dar concretude ao interesse coletivo ainda não implementado.

Como poderíamos, nesse sentido, instrumentalizar a contratação de uma empresa para realização uma obra de engenharia, em total substituição à vontade do gestor, fora do seio da Administração?

Assim, seria possível ao próprio Judiciário ou ao Ministério Público sub-rogarem-se pessoalmente no lugar do gestor, em razão da sua incúria e sua apatia administrativa, promovendo a contratação de terceira pessoa para a consecução do direito judicialmente assegurado?

Mesmo que fosse possível, novas dúvidas surgirão, tais como: a quem competirá escolher o terceiro que realizará o mandamento judicial; como será feito o controle de legalidade e dos demais atos de fiscalização em relação ao executor da ordem; pode o órgão do Poder Judiciário ou do Ministério Público tornarem-se o ordenador de despesa em relação ao Poder Executivo ou, ainda, é possível que outro ente público seja chamado em seu lugar para aceitar o múnus?

Por fim, uma atuação responsável e coerente do órgão *parquetiano* jamais poderá deixar der ter em mente que bloqueios de grandes quantias do orçamento público necessariamente representam desfalques desse mesmo orçamento em outros setores.

Assim, a apreensão de valores do orçamento, via de regra, poderá impactar na inexecução ou suspensão de outras políticas públicas de igual ou até mesmo superior importância.

As demandas por serviços públicos são infinitas, mas finitos são os recursos que estão à disposição especialmente das administrações públicas dos pequenos municípios. Por isso, repise-se: o simples e inadvertido bloqueio do orçamento, muito antes de se tornar remédio, pode se tornar a doença.

### **3.3 Responsabilização pessoal do agente público**

Na visão de Ada Pellegrini Grinover, as sanções mais adequadas para fazer combater o problema do descumprimento de ordens judiciais são:

a responsabilização por improbidade administrativa e a intervenção federal ou estadual no Estado ou Município; o crime de desobediência pelo descumprimento da ordem emitida em mandado de segurança; e, em âmbito mais limitado, a imputação ao Prefeito Municipal de crime de responsabilidade”. (GRINOVER, 2013, p. 137).

Entretanto, também não podemos deixar de lembrar o fato de que ainda que o gestor seja processado criminalmente por desobediência, responda a uma ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa (violação a princípio constitucional), seja afastado do cargo por meio de processo político perante o Poder Legislativo correlato em razão da prática de crime de responsabilidade, ainda assim o direito constitucional afetado daquela coletividade não terá sido restaurado, revelando de novo certa deficiência do atual sistema processual para tratar desse tipo de demanda, a qual possui ímpar relevância em virtude dos impactos e da própria pertinência que se reveste em si mesmo.

Especificamente em relação ao crime de desobediência, existe divergência se o servidor público pode ser enquadrado como sujeito ativo desse tipo de delito, já que, de acordo com determinado setor da jurisprudência e da doutrina, tal infração seria praticada apenas pelo particular em face da Administração.<sup>6</sup>

Mesmo assim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que para a caracterização do crime de desobediência (art. 330 do CP), é necessário que não haja sanção especial para o seu não cumprimento, ou seja, se pelo descumprimento de ordem legal de servidor público, alguma lei estabelece determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em questão, salvo se a referida lei expressamente ressaltar a cumulativa aplicação do art. 330 do CP.<sup>7</sup>

Assim, na hipótese de descumprimento da decisão pelo gestor, Jefferson Dias (2006, p. 89) aponta que restaria a pos-

---

6 Para ilustrar a divergência, o STJ já decidiu no sentido de que “[...] Os funcionários contratados por Prefeituras Municipais, no exercício de funções pertinentes aos serviços de saúde pública, atuam como agentes públicos, e nessa qualidade não cometem o crime de desobediência, pois tal delito pressupõe a atuação criminoso do particular contra a Administração.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 9.189/SP Relator Ministro Vicente Leal. Sexta Turma. Julgado em 14/03/2000. DJ 03/04/2000). Todavia, em acórdão mais recente, pontuou o Tribunal da Cidadania: “[...] O funcionário público pode cometer crime de desobediência, se destinatário da ordem judicial, e considerando a inexistência de hierarquia, tem o dever de cumpri-la, sob pena da determinação judicial perder sua eficácia. Precedentes da Turma. Rejeição da denúncia que se afigura imprópria, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal a quo para nova análise acerca da admissibilidade da inicial acusatória. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.173.226/RO. Relator Ministro Gilson Gipp. Quinta Turma. Julgado em 17/03/2011. DJe 04/04/2011). Segundo Jefferson Aparecido Dias, o fato de o crime de desobediência (art. 330 do CP) encontrar-se no capítulo dos crimes praticados por particular contra a Administração em Geral impediria a sua prática por um servidor público. Diz o autor: “[...] A partir de uma interpretação gramatical é possível concluir que um agente público, intimado para cumprir uma decisão judicial, se não o fizer, não poderá ser punido pela prática de crime de desobediência, pois não é um ‘particular’, não lhe sendo aplicado todo o Capítulo II, do mencionado Título, do Código Penal” (DIAS, 2006, p. 87).

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.492.647/PR. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 10/11/2015.



sibilidade de ele vir a ser processado por crime de prevaricação, muito embora, seja qual for o crime adotado, o rito será o das infrações de menor potencial ofensivo (Lei dos Juizados Especiais).

É dizer: a ineficácia desse tipo de sanção é de todo evidente.

Em se tratando de crime de menor potencial ofensivo, não são cabíveis medidas mais drásticas, como a própria prisão em flagrante nos casos em que, após a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência, o agente é encaminhado ao Juizado Especial ou se compromete a comparecer, na data apazada. Depois, o próprio rito da Lei do JECRIM, em conjugação com os dispositivos de alternativa à prisão do próprio Código Penal, facultam ao agente público descumpridor de ordem judicial uma série de medidas destituídas de completa eficácia intimidatória.<sup>8</sup>

No que tange ao processo de responsabilização por ato de improbidade, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de que o “[...] descumprimento de ordem judicial pela autoridade competente, permite apuração por eventual crime de desobediência, bem como remessa dos autos ao Ministério Público para apuração de eventual ato de improbidade administrativa”.<sup>9</sup>

---

8 “Se mesmo assim o réu não cumprir a decisão, terá contra si lavrado um número sucessivo de termos circunstanciados, e somente poderá ser preso se não se comprometer de comparecer ao Juízo competente, quando intimado (...). Na realidade, não nos parece possível classificar o descumprimento de ordem judicial como um crime de menor potencial ofensivo, dada a sua gravidade e, ainda, a importância do objeto jurídico tutelado que é o respeito que deve ser observado pelas decisões do Poder Judiciário. Mais inconcebível ainda é o descumprimento de ordem judicial por funcionário público que, ao contrário, teria o dever de cumpri-la prontamente, até mesmo para servir de exemplo para os particulares. Como vemos, a utilização de preceitos do Código Penal, não tem colaborado muito para garantir o cumprimento de decisões judiciais e a solução terá que ser buscada em outro lugar” (DIAS, 2006, p. 90).

9 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0686.14.005749-4/001. Relator Desembargador Moacyr Lobato. 5ª Câmara Cível. Julgamento em 03/03/2016.

Contudo, a questão do elemento subjetivo para a configuração do ato ímprobo substanciado no descumprimento da ordem judicial assume especial relevo nesse cenário, eis que o gestor pode alegar uma série de justificativas e escusas ao descumprimento da ordem judicial como forma de se ver livre das sanções oriundas da Lei de Improbidade Administrativa e, com isso, frustrar mais uma vez a efetividade do cumprimento ou execução de medidas certificadoras de direitos coletivos *lato sensu* perante o Judiciário.

A comprovação do elemento subjetivo no descumprimento de ordens judiciais, para fins de caracterização do ato ímprobo, nem sempre é empreitada viável. Às vezes, a simples comprovação da conduta ilícita não possibilita a plena identificação do dolo ou culpa do agente público.

Em determinadas situações, a natureza do cargo desempenhado e a formação profissional ou acadêmica do agente público fazem parecer mesmo incompatível com o atuar desídia ou negligente com a coisa pública. É dizer, por exemplo, não se pode esperar outra postura de um ocupante de cargo jurídico que não o zelo e o respeito pelo cumprimento da legalidade, notadamente nas situações em que não há qualquer limbo interpretativo ou esforço exegético no proceder administrativo.<sup>10</sup>

Contudo, não raro, o despreparo administrativo do gestor, sua desqualificação para o exercício do cargo público ou a sua plena incapacidade ou inabilidade gerencial, ainda que consubstanciada pelo patente descumprimento de ordem judicial, não tem sido o suficiente para, na visão de alguns julgados, receber a pecha de ato ímprobo. Taxam-

---

10 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 470.565/PA. Rel. Ministro Humberto Martins. Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 10/03/2015.

**-na, bem assim, como mera irregularidade no exercício da função pública.**

**Por isso, o descumprimento da ordem judicial aparentemente pode ser justificado por uma série de argumentos que inexoravelmente afastarão o elemento subjetivo necessário ao ingresso da responsabilização por ato ímprobo, embora o tema, forçosamente temos que registrar, não possui um encadernamento jurisprudencial já plenamente escrito e finalizado.<sup>11</sup>**

**Por fim, no que toca ao processo político perante o órgão legislativo respectivo, a realidade do País tem mostrado que o**

---

11 Como certa vez destacou o STJ: “No presente caso, a Corte de origem, ao analisar o suposto ato de improbidade consubstanciado no descumprimento de ordem judicial pelo agente, consignou que “no caso em tela, não se extrai da conduta do réu repercussão ao erário municipal, revelando tal conduta mais um despreparo gerencial do que ato de improbidade administrativa, afastando-se, portanto, a aplicação das normas dos artigos 11 e 12 da Lei nº. 8.429/92”. Ora, tais considerações feitas pelo Tribunal de Justiça afastam a prática do ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, uma vez que não foi constatado o elemento subjetivo dolo na conduta do agente, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.352.541/MG. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 05/02/2013). Em outro julgado, o STJ apreciou caso em que um prefeito houvera sido condenado na instância de origem “em face da não inclusão na proposta de orçamento financeiro seguinte de valor necessário ao pagamento de crédito trabalhista decorrente de decisão da Justiça do Trabalho. Por ocasião da sentença (fls. 77/85), o pedido foi julgado procedente a fim de condenar o réu ao pagamento de multa civil e à suspensão dos direitos políticos, a qual foi mantida em sede de apelação”. Segundo decidiu o STJ, “Efetivamente, a configuração do ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei 8.429/92. Entretanto, é indispensável a presença de conduta dolosa do agente público ao praticar o suposto ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, elemento que não foi reconhecido pela Corte a quo no caso concreto. 6. Tais considerações, ainda que se trate de ilegalidade ou mera irregularidade, afastam a configuração de ato de improbidade administrativa, pois não foi demonstrado o indispensável elemento subjetivo, ou seja, a prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92. É importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado a lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.036.229/PR. Rel. Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. Julgado em 17/12/2009).

processo de infrações político-administrativas pela instância política de julgamento (Poder Legislativo) ou não tem sido utilizado com a frequência recomendada, ou tem sido utilizado de forma traumática, ou inevitavelmente acaba sendo levado à impugnação pelos meios próprios no Judiciário, o que, seja por um aspecto ou outro, faz com que essa via de intimidação ou coerção ao gestor descumpridor de ordem judicial também não inspire a eficácia desejada.

Em tese, o descumprimento de uma ordem judicial, que negligencia o interesse público, poderia ser enquadrada no art. 4º, VIII do Decreto-Lei 201/67. A verdade é que mesmo esse decreto, cuja redação é defasada e desvirtuada aos tempos de hoje, também não oferece a resposta adequada à não execução de políticas públicas via ação judicial.

### **3.4 Resolução em perdas e danos**

O próprio Código de Processo Civil, no seu art. 499, determina que “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

Novamente, em uma análise preliminar, a simples conversão em perdas e danos também não trará nenhum benefício à coletividade.

E igualmente aqui sobram dúvidas: o pagamento desse dinheiro – se e quando ocorrer – será efetivamente revertido à tutela daquele bem da vida violado? Será aplicado concretamente na restauração do patrimônio lesado? Será destinado a algum fundo indicado na lei? Quem será o responsável por administrar a quantia e todas as demais etapas da obrigação?

Com efeito, é com a execução específica, e não com a conversão em perdas e danos, que teremos a máxima efetividade da tutela no âmbito dos interesses transindividuais. Assim, mesmo que haja pedido expresso do autor para a conversão da obrigação em perdas e danos, antes do seu deferimento, o juízo deve analisar se a pretensão da tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente seja jurídica e materialmente impraticável.<sup>12</sup>

Por isso, com razão Érica Barbosa e Silva (2009, p. 65) ao anotar que “[...] as tutelas preventivas e inibitórias, com destaque para as técnicas da tutela mandamental, conhecidas no sistema do *common law* como *injunctions*, devem ser priorizadas e assumem importância inexorável”.

#### **4. Conclusão: em busca de novos rumos para a realização do direito material coletivo**

É de se entender, portanto, que ainda existe certa lacuna na ordem jurídica em vigor no que concerne à efetividade da tutela jurisdicional coletiva na concretização dos direitos coletivos *lato sensu*.

Imperioso o resgate do grau de importância e de coerção das decisões judiciais, com a valorização e a agilidade na condução tanto da execução da obrigação quanto do afastamento do gestor resistente.

---

12 “A tutela específica, na defesa do bem coletivo, é a única que contemplará integralmente a gama de interesses relativo ao direito lesado. É justamente pela prevalência dessa tutela que os legitimados não poderão, na defesa dos interesses transindividuais, fazer o pedido visando ao pagamento de quantia em dinheiro, exceto se a tutela específica, pelo lapso temporal ou pela sua própria natureza, se mostrar impossível. Vale destacar que essa impossibilidade decorre também do caráter indisponível do objeto tutelado. Só será legítima a conversão da tutela específica para tutela reparatória se aquele se revelar absolutamente impraticável” (BARBOSA E SILVA, 2009, p. 67).

Repensar a forma de concretizar tais direitos na via jurisdicional, ainda que por medidas de sub-rogação, é assegurar, em última instância, a efetividade da própria tutela jurisdicional coletiva como um dos principais instrumentos à disposição da coletividade e da transformação positiva da realidade social.

Para Humberto Theodoro Júnior (2005), a crise do processo não é brasileira, é universal, e a simples reforma de leis e procedimentos não é o suficiente para a solução do problema.<sup>13</sup>

Não adianta agravar o sancionamento em face do próprio ente público, especialmente nos casos que a punição possa vir a influenciar a execução de outras políticas públicas

---

13 “Ao findar o século XX, nem mesmo as nações mais ricas e civilizadas da Europa se mostram contentes com a qualidade da prestação jurisdicional de seu aparelhamento judiciário. A crítica, em todos os quadrantes, é a mesma: a lentidão da resposta da justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça. [...] É, portanto, preciso conscientizar-se de que o aprimoramento da prestação jurisdicional não acontecerá somente em virtude de modificações procedimentais, nem tampouco do simples crescimento numérico dos juízes disponíveis. A solução para o mal da demora dos processos, seja aqui, seja na Europa, terá de ser procurada por outras formas. [...] A legislação processual é sem dúvida um sistema de técnica de realizar a composição dos litígios, mas não é um sistema completo e exaustivo, pois pressupõe organismos oficiais por meio dos quais irá atuar. Os métodos e recursos de trabalho desses organismos são vitais para que o propósito sistemático da lei processual seja corretamente alcançado. Para manter uma sincronia entre a norma legal e sua operacionalidade administrativa, é preciso conhecer, cientificamente, as causas que, in concreto, frustram o desiderato normativo. E isto, obviamente, será inatingível, pelo menos com seriedade e segurança, se a organização dos serviços judiciários não contar com órgãos especiais de estatística e planejamento. [...] Não serão, como é intuitivo, as simples reformas das leis de procedimento que irão tornar realidade, entre nós, as garantias cívicas fundamentais de acesso à justiça e de efetividade do processo. O tão sonhado processo justo, que empolgou e dominou todos os processualistas no final do século XX continua a depender de reformas, não de leis processuais, mas da justiça como um todo”. (THEODORO JÚNIOR, 2005).

de igual importância já em curso. O desfalque do orçamento para o cumprimento de determinada ordem judicial, sem dúvidas, poderá refletir na execução de outro programa de ações políticas deflagradas pelo administrador, caso não haja um controle racional dos gastos e das despesas da pessoa jurídica.

Lembra Márcio Mafra Leal, com bastante lucidez:

Reformas sociais e o cumprimento de políticas públicas, via Judiciário, interferem de tal modo no orçamento que se torna indispensável alguma legitimação política qualificada para tanto, a não ser que a verba pretendida já esteja lá prevista. A doutrina das cortes superiores não aborda a violação do direito parlamentar de definir as opções de gastos públicos e seu financiamento, porque a decisão judicial atinge exatamente o centro político desse direito, que é a prerrogativa constitucional dos congressistas de alocar recursos públicos. (LEAL, 2014, p. 192).

De fato, paira sobre o Brasil a *síndrome da ineficiência administrativa*. A maioria dos direitos constitucionais, de viés social, ainda não foram implementados. Se, por um lado, a efetivação e a concretização desses direitos é hoje mandamento de indiscutível observância, por outro lado, o crescente número de intervenções isoladas e não coordenadas, via Judiciário, na gestão administrativa (e conseqüentemente, no orçamento) do Poder Executivo é algo que pode se tornar insustentável em dado momento.

De fato, se antes era recomendável o ajuizamento de ações coletivas, em substituição às ações individuais, hoje, talvez, possamos falar em *coletivização das ações coletivas*.

Atacar a *síndrome da ineficiência administrativa* com múltiplas ações coletivas, eventualmente, pode não mais ser a melhor resposta para se promover a indução de políticas públicas ainda não concretizadas; pelo menos, se não houver um devido planejamento uniforme e delineamento de estratégias para uma atuação verdadeiramente coerente e consistente.

Outrora, proclamava-se a sobrecarga do Judiciário pelas demandas de natureza individual; hoje, a multiplicidade de ações coletivas talvez possa ser o grande mal ser enfrentado, considerando a crescente interferência na gestão administrativa sem qualquer critério de uniformização, estudos e colheita de dados prévios, aferição dos impactos e das consequências que aquela política pública implantada causará no universo das demais políticas públicas em curso ou ainda não executadas.

Pensar políticas públicas de maneira fragmentada, sem os devidos conectores com os demais campos e nichos de atuação do gestor público, isso sem dúvida já não mais satisfaz o compromisso do constituinte de 1988, o qual dispôs direitos fundamentais de grande magnitude, em extensa pauta de deveres ao gestor, embora não tenha explicitado a melhor forma de realizá-los.

Luís Roberto Barroso (2009) já advertia sobre o excesso de ativismo judicial na implementação de políticas públicas que tem se desenhado no Brasil desde a abertura democrática em 1988. Segundo Barroso, a interferência do Judiciário pode desorganizar por completo a atividade administrativa, inclusive comprometendo a boa alocação dos recursos públicos. O excessivo número de decisões com impactos no orçamento do ente público pode comprometer a fluidez organizacional e inviabilizar o cumprimento das metas e projetos



concebidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, instâncias politicamente legitimadas para a matéria.<sup>14</sup>

A percepção do problema induz na sistematização, talvez, de um regime próprio e especial de cumprimento de sentença em tais casos. Bem por isso, as regras de efetivação/judicialização das políticas públicas – que é absolutamente pertinente e necessário em um País cuja gestão pública é extremamente ineficiente – precisam agora evoluir.

Forçoso concluirmos, portanto, que os meios e métodos procedimentais tradicionais não são mais hábeis ao cumprimento forçado de ordens judiciais complexas quando envolvem uma obrigação de fazer pelo Poder Público, especialmente quando envolvem municípios menores e de tímido potencial financeiro.

Deverá, pois, a doutrina nacional centrar esforços na sistematização de novas e efetivas técnicas de execução específica/direta da sentença compatíveis com o atual cabedal de leis do ordenamento jurídico vigente.

---

14 “Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui”. (BARROSO, 2009).

Talvez, por isso, nos lembre Ada Pellegrini Grinover (2008) que “[...] as ações coletivas, nos países de *civil law*, em geral ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das *class actions* norte-americanas, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países criarem verdadeiros sistemas de processos coletivos”.

Por essa razão, defende-se a necessidade de instituições como o Ministério Público, o principal autor coletivo legitimado no sistema brasileiro, retomar seu papel de destaque no cenário da tutela coletiva.

Competirá ao órgão *parquetiano* cada vez mais buscar compreender o *modo-de-ser* do sistema orçamentário do ente público<sup>15</sup>, bem como atuar na formulação das políticas pú-

---

15 São precisas e extremamente pertinentes as ponderações críticas de Paula Fernanda Murda a esse respeito: “O papel do Ministério Público é ainda mais relevante quando observada a realidade brasileira de altos índices de corrupção e de desvio de dinheiro público. [...] E, nessa seara, o Ministério Público é a mais importante instituição brasileira com o dever de fiscalizar tais práticas lesivas à coletividade, com atribuição de trazer ao Poder Judiciário as provas e os elementos de convicção para condenação dos culpados e o ressarcimento do erário. [...] A atuação ministerial no controle da implementação do orçamento público é peça-chave no combate à corrupção, como também no controle da higidez dos processos licitatórios, em que ocorrem frequentes desvios de verbas públicas. Isso ocorre tanto no âmbito municipal, em que não há tanto controle e exposição pública e política, quanto em âmbitos estadual e federal. Todas as esferas de poder recebem grande monta de verbas públicas, seja por meio do pagamento de tributos em geral, seja mediante repasse de verbas federais e estaduais para aplicação nas necessidades locais. O que se observa na prática diuturna é que os Promotores Públicos ficam assoberbados de trabalho pelas deficiências das comarcas menores e não possuem tempo hábil para fiscalizar o poder público. O Ministério Público deveria se comprometer com essa causa, visto que afeta o interesse de toda a coletividade, por meio da designação um promotor especialmente para fiscalizar a implementação do orçamento público e a higidez dos processos de licitação. [...] Evidente que a atuação ministerial não pode comprometer a independência do Poder Executivo, tampouco influir nas decisões administrativas. Também não se sugere que o Promotor de Justiça substitua a atuação dos Tribunais de Contas, exercendo o controle externo do Poder Executivo, dado que essa atuação não lhe é atribuível e já possui os contornos constitucionais próprios. O que se propõe é uma atuação administrativa mais contundente e de forma preventiva do órgão ministerial, para que eventuais desvios sejam coibidos e dificultados, pois é muito mais difícil obter o ressarcimento daquilo que já foi desviado do que evitar desvios e fraudes, fato que ocorre atualmente com a atuação a posteriori da instituição.

blicas desde sua origem, influenciando positivamente os rumos da administração nos pontos de comprovada omissão na concretização dos direitos fundamentais.

A visualização da Administração Pública, de maneira global, é salutar para o desempenho da função constitucional de defensor da sociedade pelo Ministério Público.

A simples identificação da omissão administrativa, culminando tão somente com o ajuizamento de ações estancas, já não mais é capaz de resolver o problema da falta de acesso aos direitos constitucionais prestacionais. Em termos mais claros, deverá a Instituição ministerial dotar-se de novos instrumentos e estratégias de atuação que possam, efetivamente, reverberar positivamente no seio da administração pública, sem que haja, por certo, indevida intromissão no Poder Executivo.

Talvez, seja esse, o grande desafio deste tempo hodierno e contemporâneo ao Ministério Público brasileiro no campo da indução e da efetivação das políticas públicas constitucionalmente previstas no ordenamento jurídico: um novo perfil de atuação extrajudicial, com maior efetividade e poder de resolutividade, mais ampliado e mais especializado.

---

Para tanto, o Promotor Público também deve ter tempo e condições materiais de receber e atender a população local para saber das necessidades públicas da localidade, a fim de propor junto ao poder público as soluções cabíveis para cada caso em particular. [...] O Ministério Público deve, pois, assumir a função que lhe é constitucionalmente sagrada para a efetivação dos direitos sociais, por meio de uma atuação proativa, de ofício, mediante a fiscalização dos orçamentos públicos, acompanhando a efetivação de programas previstos no orçamento, com a cobrança para que o poder público cumpra aquilo a que se comprometeu, sem desvio de verbas para finalidades secundárias do Estado ou, mesmo, desvio criminoso de políticas públicas. Trata-se de verificar a compatibilidade entre o planejado e o que está sendo executado". (MURDA, 2012, p. 156-163).

## 5. Referências

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado do direito material. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 64, p. 7-23, out./dez. 1991.

BARBOSA E SILVA, Érica. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *RDE: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 4 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.036.229/PR, Primeira Turma, Rel.: Min. Denise Arruda, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2009. *DJe*, 2 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 9.189/SP, Sexta Turma, Rel.: Min. Vicente Leal, Brasília, DF, 14 de março de 2000. *DJ*, 3 abr. 2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 794.752/MA, Quarta Turma, Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 de março de 2010. *DJE*, 12 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 931.513/RS, Rel.: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Rel. para o acórdão Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção, Brasília, DF, 25 de novembro de 2009. *DJe*, 27 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.173.226/RO, Quinta Turma, Rel.: Min. Gilson Gipp, Brasília, DF, 17 de março de 2011. *DJe*, 4 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.352.541/MG, Segunda Turma, Rel.: Min. Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2013. *DJe*, 14 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 470.565/PA, Segunda Turma, Rel.: Min. Humberto Martins. Rel.: p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 10 de março de 2015. *DJe*, 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.492.647/PR, Quinta Turma, Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, DF, 10 de novembro de 2015. *DJe*, 17 nov. 2015

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* *O Novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 267-282.

DIAS, Jefferson Aparecido. A efetividade das decisões proferidas em ações civis públicas. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZZETA, Ubiratan (Coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 81-101.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Mariana Almeida Passos de. A complexidade das ações civis públicas envolvendo meio ambiente e populações vulneráveis. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 851-864.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 157, p. 147-164, mar. 2008.

\_\_\_\_\_. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2013. p. 125-150.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *Ações Coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0344.12.002852-9/001. Relator Desembargador Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, Belo Horizonte 07 de julho de 2016. DJE 19 jul. 2016.

LOPES, João Batista. Novos aspectos polêmicos da ação civil pública. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 381-392.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0686.14.005749-4/001. Relator Desembargador Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, Belo Horizonte, 3 de março de 2016. *DJe*, 15 mar. 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Importância da ação civil pública no panorama da abarrotada justiça brasileira: vicissitudes e perigos da ação em estudo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 171-183.

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *O controle judicial e o papel das funções essenciais à Justiça para a efetivação das políticas públicas*. 2012. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZZETA, Ubiratan (Coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 465-506.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 125, p. 61-78, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/61-artigos-set-2008/5870-celeridade-e-efetividade-da-prestacao-jurisdicional-insuficiencia-da-reforma-das-leis-processuais>>. Acesso em: 4 maio 2017.

VENTURI, Elton. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, p. 79-98, jul./set. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Artigo recebido em: 04/05/2017.

Artigo aprovado em: 10/06/2017.

DOI:







**235 - 254**  
*Artigo*

**TRIBUNAL DO JÚRI E O  
SUBJETIVISMO INQUISITIVO**

LAÍS MENDES OLIVEIRA



# TRIBUNAL DO JÚRI E O SUBJETIVISMO INQUISITIVO

JURY AND THE INQUISITIVE SUBJECTIVISM

LAÍS MENDES OLIVEIRA

Analista  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
laismendes@mpmg.mp.br

**RESUMO:** O Tribunal do Júri, quando de sua criação, desempenhou um importante papel na superação do sistema inquisitivo, sendo que os seus fundamentos possuem estreita relação com a ideia de democracia. No entanto, no Brasil, o Tribunal do Júri é marcado por contornos inquisitoriais, decorrentes da influência do Código Napoleônico e, recentemente, do Código Penal fascista. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo principal trazer à tona os traços inquisitivos presentes no Tribunal do Júri, em contraposição aos seus fundamentos democráticos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal do Júri; sistema acusatório; subjetivismo inquisitivo; ausência de motivação; plenitude de defesa.

**ABSTRACT:** The jury, at his creation, played an important role in overcoming the inquisitorial system, and its foundations have close relationship with the idea of democracy. However, in Brazil, the jury is marked by inquisitorial contours resulting from the influence of the Napoleonic Code and, recently, the fascist penal code. In this context, the present work has as main objective to bring out the inquisitive traits present in the jury, in contrast to its democratic foundations.

**KEY WORDS:** Jury; adversarial system; subjectivism inquisitive; lack of motivation; defense of fullness.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Sistemas processuais penais. 3. Tribunal do Júri e o subjetivismo inquisitivo. 4. Condenar ou absolver: a tendência do júri popular. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

Este trabalho tem por finalidade verificar o viés inquisitório do Tribunal do Júri, tendo-se em vista os traços de subjetivismo presentes em seus julgamentos, mitigando-se o caráter democrático geralmente apontado como fundamento de instituição do referido tribunal.

Para tanto, serão descritos os sistemas processuais penais geralmente apontados pela doutrina, passando-se à análise das características do Tribunal do Júri, nos moldes adotados no Brasil, para que sejam verificadas as semelhanças do instituto com um ou mais sistemas processuais.

Serão, ainda, verificadas as distorções de julgamento geradas pela influência de fatores externos ao processo, o que compromete a isenção necessária para que se tenha uma decisão final justa.

## **2. Sistemas processuais penais**

A doutrina tradicional classifica os sistemas processuais penais em Inquisitivo, Acusatório ou Misto, a depender dos princípios que venham a informá-los.

Os diferentes regimes processuais hodiernamente previstos não retratam a adoção pura de apenas um dos sistemas citados, motivo pelo qual alguns doutrinadores afirmam que tal classificação carece de valor, subsistindo tão-somente sistemas híbridos, com prevalência das características de um ou outro sistema. (SAAD, 2005, p. 413).

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro leciona que:

Não obstante, os diferentes regimes processuais não se encontram, em sua forma pura, consolidados nas legislações estrangeiras. A prevalência de tal ou qual dos regimes é reflexo da ideologia que impera em cada etapa da história, das diferentes concepções de Estado e das relações deste com o indivíduo. Por isso, a análise de cada um dos sistemas levará em conta seus caracteres gerais, capazes de identificá-los por suas marcas históricas, presentes nos mais diversos ordenamentos. (RIBEIRO, 2010, p. 43).

O *sistema acusatório* tem suas raízes na Grécia e em Roma, apresentando um desenvolvimento fundado na participação direta do povo no exercício da acusação e julgamento.

O referido modelo tem como principais características a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, que são conferidas a personagens distintos; a observância dos princípios do contraditório, ampla defesa, publicidade e imparcialidade do julgador; o livre convencimento motivado como sistema de apreciação de provas; predominância da liberdade de defesa e da isonomia entre as partes no processo; liberdade do réu como regra.

O sistema acusatório é indicado como o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal.

Há de se ressaltar, todavia, que no Brasil tal sistema não se encontra presente de maneira pura, havendo uma gama de atos conferidos ao juiz que, em rigor, deveriam competir às partes.

[...] não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um expectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder *habeas corpus* de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares. (TÁVORA; ANTONNI, 2012, p. 41).

O Código de Processo Penal atualmente em vigor, de outubro de 1941, possui resquícios inquisitórios nítidos, destoantes da ordem constitucional de 1988. Isso porque foi inspirado no Código Rocco, do fascismo italiano de 1930,

que, por sua vez, tem como modelo o *Code Napoléon*, elaborado em 1811, que também serviu de estrutura fundamental para a configuração dos processos autoritários europeus do século XX.

As sucessivas alterações ocorridas na nossa legislação, embora tenham ampliado o caráter acusatório do nosso Código de Processo Penal, não foram suficientes para retirar-lhe os traços inquisitivos, ainda presentes.

Guilherme de Souza Nucci ressalta que o hibridismo no sistema processual penal brasileiro resulta da junção dos princípios estabelecidos pela Constituição da República de 1988 e daqueles presentes no Código de Processo Penal:

[...] se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado com nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo)[...] (NUCCI, 2012, p. 126).

No que tange ao *sistema inquisitório*, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2010, p. 57) sustenta que, historicamente, o estudo dos sistemas processuais revela que tal sistema sucedeu o acusatório por uma necessidade social de repressão à delinquência.

Segundo o autor, o referido sistema oferecia melhores meios de apuração das infrações e punição de seus autores, conforme a ideologia dos Estados autoritários, absolutistas, que começavam a se formar na Europa a partir do século XIII.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2005, p. 92) afirma que o sistema inquisitivo iniciou-se em Roma, ao permitir que o juiz iniciasse o processo de ofício. Ao atingir a Idade Média, por influência da Igreja, passou a dominar quase toda a Europa continental.

No sistema inquisitivo encontra-se mais uma forma auto-defensiva de administração da justiça do que um genuíno processo de apuração da verdade. Tem suas raízes no Direito Romano, quando, por influência da organização política do Império, se permitiu ao juiz iniciar o processo de ofício. Revigorou-se na Idade Média diante da necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e alastrou-se por todo o continente europeu a partir do Século XV diante da influência do Direito Penal da Igreja e só entrou em declínio com a Revolução Francesa. (MIRABETE, 2001, p. 40).

Já Felipe Martins Pinto, afirma que:

Apesar de surgido na antiguidade, o sistema processual inquisitorial, a partir da Idade Média, passa a receber os influxos do Direito Canônico e o órgão julgador, além de decidir o litígio, era incumbido de elaborar a acusação penal, *ex officio* e perscrutar as provas, incluída aí a investigação sobre o acusado que, despojado de garantias processuais, era considerado um mero objeto de investigação. (PINTO, 2010).

As principais características do sistema inquisitivo são a inexistência de contraditório e de ampla defesa; a concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma figura única (juiz); o procedimento escrito e sigiloso, com início da persecução, produção da prova e prolação da decisão pelo magistrado; a confissão como a rainha das provas.



Há uma visível mitigação dos direitos e garantias individuais, tendo como justificativa a salvaguarda do interesse coletivo de ver o acusado ser punido. O acusado é visto como um objeto da persecução penal, e não como um sujeito de direitos.

Por fim, o *sistema misto*, surgido após a Revolução Francesa, caracteriza-se “pela divisão de duas grandes fases: a instrução preliminar, com elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com predominância do sistema acusatório.” (NUCCI, 20012, p. 125).

Na primeira fase, há um procedimento secreto, escrito e sem contraditório. Já na segunda, se fazem presentes a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação de provas.

### 3. Tribunal do júri e seus aspectos inquisitivos

A doutrina diverge quanto à origem do Tribunal do Júri. Guilherme de Souza Nucci sustenta que:

[...] a sua instituição, na visão moderna, encontra sua origem na Magna Carta, da Inglaterra, de 1215. Sabe-se, por certo, que o mundo já conhecia o júri antes disso, como ocorreu, especialmente, na Grécia e em Roma, e, nas palavras de CARLOS MAXIMILIANO, ‘as origens do instituto, vagas e indefinidas, perdem-se na noite dos tempos’ (*Comentários à Constituição brasileira*, p. 156). (NUCCI, 2012, p. 731).

Após a Revolução Francesa, de 1789, estabeleceu-se o Júri na França, com escopo de combate às ideias e métodos utilizados pelos magistrados do regime monárquico, espalhando-

se, como ideal de liberdade e democracia, para os demais países da Europa.

É preciso ressaltar que, na época, o Poder Judiciário não era independente, motivo pelo qual o julgamento pelo Tribunal do Júri mostrava-se justo e imparcial, uma vez que produzido pelo povo, sem a participação dos magistrados corruptos e vinculados ao interesse do soberano. (NUCCI, 2012, p. 731).

No Brasil, o Tribunal do Júri foi inicialmente instituído por lei, em 18 de julho de 1822, por decreto do Príncipe Regente. Era inicialmente um tribunal composto por 24 cidadãos, com competência restrita para julgar os crimes de imprensa, sendo suas decisões passíveis de revisão somente pelo Regente.

Com a Constituição Imperial de 1824, foi reafirmado como órgão com competência para julgar crimes que afetam determinados bens jurídicos, em especial, os crimes contra a vida, passando a ter sede constitucional (foi inserido no capítulo referente ao Poder Judiciário).

Esteve presente nos ordenamentos seguintes, sendo que a Carta outorgada de 1937 foi a única constituição que não trouxe previsão do Tribunal Popular, inaugurando um período ditatorial. Isso fez com que fossem gerados debates quanto à subsistência do tribunal até o ano de 1938, quando, então, o Decreto-lei 167 confirmou a existência do Júri, embora sem soberania.

Com a Constituição de 1946, o Tribunal do Júri volta a ter sede constitucional.

A Constituição de 1946 ressuscitou o Tribunal Popular em seu texto como se fosse uma autêntica bandeira na luta contra o autoritarismo, embora as razões tenham sido outras, segundo narra VICTOR NUNES LEAL, ou seja, por conta do poder de pressão do coronelismo, interessado em garantir a subsistência de um órgão judiciário que pudesse absolver seus capangas (*Coronelismo, enxada e voto*, p. 231-236). (NUCCI, 2012, p. 732).

Com a Constituição de 1988, o Tribunal Popular foi confirmado como direito e garantia fundamental, tendo como competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, prevendo a possibilidade de ampliação de sua competência por lei.

Os princípios reitores do Júri, anteriormente previstos na Carta de 1946, e assentados no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988, são a) plenitude de defesa; b) sigilo das votações, c) soberania dos veredictos, e d) competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A ideia central deste tribunal é que, nos casos mais importantes, haja o julgamento por pessoas que formam a comunidade a qual pertence o acusado, de maneira que o julgamento se dê pelos próprios pares do réu. (TÁVORA; ANTONNI, 2012, p. 834).

Quanto à formação do júri, é composto por 1 juiz de direito, que, aliás, é o seu Presidente, e 25 jurados sorteados dentre os alistados, sendo que somente 7 formarão o Conselho de Sentença na sessão de julgamento.

O Tribunal do Júri desempenhou um importante papel na superação do sistema inquisitivo, sendo que os seus fundamentos possuem estreita relação com a ideia de democracia.

O seu desenvolvimento sempre ocorreu com o “escopo de frear o impulso ditatorial do déspota, ou seja, retirar das mãos do juiz, que materializava a vontade do soberano, o poder de julgar, deixando que o ato de fazer justiça fosse feito pelo próprio povo.” (GÓES, 2013).

No entanto, no Brasil, o Tribunal do Júri é marcado por traços inquisitoriais, decorrentes da influência do Código Napoleônico e, recentemente, do Código Penal fascista.

Primeiramente, a inexistência de motivação das decisões proferidas pelos jurados faz com que o julgamento possua alta carga subjetiva, já que a decisão é baseada na íntima convicção, não necessitando fundar-se unicamente nas provas colhidas nos autos.

A liberdade de convencimento é tão ampla no Júri que se permite o julgamento sem qualquer relação com o fato levado ao processo, dando margem ao arbítrio judiciário.

A resposta à quesitação pelo Conselho não exige nenhuma fundamentação sobre a opção escolhida, permitindo que o jurado firme seu convencimento com a utilização de quaisquer critérios.

Normanda Lizandra Lima Esteves argumenta que:

O silêncio no tribunal do júri gera o que há de pior na teoria da culpabilidade, eis o famigerado direito penal do autor, grande conhecido do Código de Processo Penal brasileiro e que se funda não no fato praticado pelo autor, mas, sobretudo em sua personalidade, em seus antecedentes e aspecto físico. Na medida em que aos jurados se permite julgar através, apenas da íntima convicção, dificilmente será possível afastar o direito penal o em plená-

rio, pois nesse contexto se analisa tudo, menos o fato e o indivíduo, uma vez condenado no banco dos réus resta estigmatizado. (ESTEVES, s. d.).

Eugênio Pacelli afirma que:

[...] esse é realmente um risco de grandes proporções. Preconceitos, ideias preconcebidas e toda sorte de intolerância podem emergir no julgamento em Plenário, tudo a depender da eficiência retórica dos falantes (Ministério Público, assistente de acusação e defesa). (OLIVEIRA, 2012, p. 710).

O art. 93, inciso IX, primeira parte, da Constituição Federal, determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. A motivação serve como controle da racionalidade da decisão judicial, sendo que a sua ausência afronta os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

No Tribunal do Júri, o fato de vigorar o princípio da plenitude de defesa faz com que o advogado do acusado não precise se limitar a uma atuação exclusivamente técnica, sendo possível a utilização de argumentos extrajurídicos, como razões de ordem social, emocional, de política criminal, dentre outras.

Isso faz com que a persuasão no Tribunal do Júri seja indispensável para a absolvição ou condenação do réu. A defesa ou a acusação que se expressar melhor, que conseguir tocar mais profundamente os jurados, terá maiores chances de ter sua verdade aceita.

Pelos jurados não possuírem conhecimentos jurídicos, se tornam mais vulneráveis ao convencimento baseado na retórica, e não nas provas efetivamente colhidas nos autos.

O problema é que nem todos os acusados possuem recursos para que sejam defendidos por advogados com a mesma qualidade técnica, o que faz com que o Tribunal do Júri acentue as diferenças socioeconômicas, uma vez que o seu procedimento favorece as pessoas mais abonadas.

Ocorre, porém, uma triste realidade, onde os réus que dispõem de mais recursos podem custear os honorários de bons advogados que utilizando toda a oratória que possuem, defenderão efetivamente o réu da acusação formulada. No entanto, quando o réu é dependente da Assistência Judiciária Gratuita estará ele sujeito a ser-lhe nomeado, ou não, um advogado com poder de persuasão e total domínio da causa. (PEREIRA, 2007).

Ainda, impera no Tribunal do Júri a incomunicabilidade dos jurados, o que impede o compartilhamento de ideias, pontos de vista, detalhes que podem não ter sido percebidos por todos, o que diminuiria os riscos de uma decisão arbitrária.

Refuta-se, ainda, o argumento de que a incomunicabilidade serviria para possibilitar que um jurado não venha a influir no pensamento do outro. A justificativa de que a incomunicabilidade é necessária para que um jurado não tenha influência no voto do outro não é verdadeira e não possui sentido ou explicação histórica. “Trata-se de uma medida arbitrária que não espelha a realidade do significado do tribunal do júri, enquanto instituição democrática, muito menos, hoje, alcança o estágio de civilidade vivido pelos cidadãos brasileiros.” (RANGEL, 2005, p. 93).

Aury Lopes Júnior aponta que a deliberação em grupo seria uma solução para o Tribunal do Júri, por constituir a essência do Escabinado, que é considerado por ele como

uma instituição superior ao júri, uma vez que juízes leigos e técnicos atuam e decidem em colegiado. (LOPES JUNIOR, 2009, p. 316).

Outro ponto que merece destaque é o método de seleção dos jurados, que acaba culminando em uma elitização do júri, não incluindo todas as classes sociais.

No Brasil, a prática forense vem demonstrando que a maioria das pessoas inscritas na lista geral dos jurados são funcionários públicos, “pois as pessoas empregadas na iniciativa privada não podem se dar ao luxo de perder um dia de trabalho para ficar à disposição da justiça.” (HASSUMI, 2008, p. 57). Tem-se, ainda, a presença de aposentados e estudantes.

Isso, muitas vezes, acaba gerando uma diferença social entre o jurado e o acusado, esvaziando um dos significados políticos da previsão do Tribunal Popular, que se baseia no julgamento do acusado pelos seus pares.

Guilherme de Souza Nucci aponta para o problema gerado por essa divergência de classe social entre jurados e acusados, acarretando sérias distorções no julgamento.

Sob outro prisma, nota-se que pessoas vitimadas por marginais tornam-se mais susceptíveis a proferir condenações açodadas, sem muita preocupação com a análise da prova, razão pela qual jurados colhidos de classes menos favorecidas, especialmente em grandes metrópoles, podem ser mais afeitos à condenação do que à absolvição. São cidadãos abalados pela violência à sua porta, o que lhes prejudica a análise límpida e imparcial dos fatos, de modo que o jurado extraído de classe economicamente mais favorecida, porque mais distanciado da criminalidade (ao menos do homicídio), costuma ter mais equilíbrio para ouvir os argumentos, sem se afetar emocionalmente, deci-

dindo com maior zelo. O ideal seria um corpo de jurados formado de representantes de todas as classes sociais de uma sociedade, embora fosse igualmente indispensável tivesse a estrutura social menos desigualdade sociocultural. (NUCCI, 2012, p. 766).

Lênio Luiz Streck, sobre o assunto, ressalta que a maneira como são elaboradas as listas de jurados faz com que elas sirvam apenas para reproduzir a divisão social, onde a “elitização” do júri se afasta da democracia pretendida, pois encontramos no conselho apenas uma parcela da sociedade e as “*listas com jurados vitalícios*” influenciam, sobre maneira, diante do estereótipo do criminoso, quando o padrão de normalidade (dos jurados) é que, de fato, irá direcionar a decisão final. (GÓES, 2013).

Como consequência dessa subjetividade, o jurado tem o poder de atribuir o “status” de criminoso a uma parcela da sociedade conforme o estereótipo lombrosiano, tendo maiores chances de fazer parte da “população criminosa” aqueles que compõem os níveis mais baixos da escala social.

A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído. (BARATTA *apud* GÓES, 2013).

Outro ponto que merece destaque é sobre o número de jurados que compõem o Conselho de Sentença.



Embora a Lei n. 11.689/08 tenha aumentado o número do corpo de jurados para 25 (vinte e cinco), manteve o número de 15 (quinze) jurados para instalação dos trabalhos e o de 7 (sete) jurados para a formação do Conselho de Sentença.

Como o Código exige o quórum de maioria simples para a condenação, tem-se que uma dúvida de 4 a 3 é suficiente, sendo desprezado o princípio *in dubio pro reo*.

Por fim, mas não menos importante, faz-se necessário mencionar a tendência à consideração do apelo midiático pelo Conselho de Sentença. Os crimes dolosos contra a vida costumam atrair o sensacionalismo da mídia, o que ocasiona, muitas vezes, a indução dos jurados a se valerem da opinião pública em detrimento da sua livre convicção.

Os leigos são muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e, principalmente, midiáticas, o que faz com que se questione a independência dos julgamentos. Diante da pressão da mídia, é difícil que o jurado mantenha a isenção, o que ocasiona um pré-julgamento altamente prejudicial à imparcialidade necessária para se ter uma decisão justa.

Enquanto a mídia conta com a mais alta tecnologia na divulgação de informações, as quais muitas vezes não correspondem à veracidade dos fatos, o Tribunal do Júri mantém quase os mesmos moldes dos tempos mais remotos. É valiosa a pretensão de que o réu seja “julgado pelos seus pares”, como garantia de justiça, mas nem sempre, ou até mesmo poucas vezes, estes “pares” terão o equilíbrio e o discernimento para filtrar o que foi reiteradamente incutido em seus pensamentos antes do julgamento do processo que irão decidir. “Difícilmente um jurado consegue manter-se isento diante da pressão da mídia e do prévio julgamento “extra-

judicial” transmitido diariamente para suas casas.” (PRATES; TAVARES, 2008, p. 38 *apud* GÓES, 2013).

#### **4. Condenar ou absolver: a tendência do júri popular**

Na obra “Condenar ou absolver: a tendência do júri popular”, das autoras Semira Adler Vainsencher e Ângela Simões de Farias, foi realizada uma pesquisa de campo, com vistas a apurar fatores subjetivos que influenciavam na decisão dos jurados no Tribunal Popular.

Para tanto, foram utilizadas entrevistas de 48 jurados da comarca de Recife, sendo realizadas tanto perguntas fechadas como perguntas abertas a respeito dos tópicos aventados.

No decorrer da obra, percebe-se claramente que os motivos que levam cada jurado a condenar ou absolver um acusado variam conforme as ideias preconcebidas de cada um.

A fim de exemplificar a influência de fatores externos ao fato objeto de julgamento, que geram uma tendência à condenação ou à absolvição, serão apontadas algumas das conclusões apresentadas na pesquisa.

Primeiramente, comprovou-se a elitização do júri, constatando-se que 73% dos entrevistados possuía o grau de instrução superior completo, sendo, na totalidade, funcionários da Administração Pública ativa ou já aposentados.

Ao tratar dos aspectos de ordem emocional durante o julgamento, constatou-se que o comparecimento de familiares na sessão não constitui fator de influência no julgamento para 94% dos homens e 72% das mulheres entrevistadas. Todavia,

28% das mulheres declararam poder ser influenciadas, no sentido absolutório, pela presença dos familiares.

Sobre o estado de embriaguez do acusado no momento da prática do delito, um índice bastante expressivo, 38% dos jurados, sem haver diferença relevante entre os sexos, consideraria a embriaguez do réu como uma variável de peso em sentido absolutório. Entendem que o indivíduo ébrio não pode ser responsabilizado por um homicídio, posto que não agiu conscientemente (VAINSECHER; FARIAS, 1997, p. 42).

No que tange à análise sobre as características do acusado que poderiam influenciar no julgamento, cabe destacar a hipótese de condenação por crime hediondo. A grande maioria (80% dos casos) afirmou levar esse ponto em consideração. Foi observada uma diferença entre os sexos, sendo que 89% das mulheres e 73% dos homens disseram poder decidir pela condenação de um réu com essa característica.

Apurou-se, ainda, junto a uma pequena parcela dos jurados, a influência da variável homossexualidade. Tem-se que 3% dos homens e 17% das mulheres confirmaram a tendência condenatória dos homossexuais.

Sobre as características da vítima, 33% dos homens e 44% das mulheres afirmaram influenciar no sentido absolutório, na hipótese de a vítima possuir condenação definitiva em crime de maior potencial ofensivo.

Nesse ponto, cabe transcrever um dos depoimentos, em que o jurado argumenta sobre o motivo de tender à absolvição do acusado nessa hipótese: “Isso eu nem pensaria! Absolveria sem nem olhar o processo! Eu diria que é uma peça ruim a menos na sociedade. É um membro doente que foi amputado da sociedade.” (VAINSECHER; FARIAS, 1997, p. 111).

Por fim, vale destacar que 19% dos homens alegaram possuir dificuldades de ordens diversas, causadas pelo desconhecimento técnico da lei, como, por exemplo, discernir as hipóteses de legítima defesa, ou a presença do dolo na conduta do acusado.

Assim, não se pode negar que diversos fatores de ordem social, econômica e emocional influenciam na decisão, conforme demonstrado acima. Não há como se questionar o imenso subjetivismo que lastreia os julgamentos perante o Tribunal Popular.

## **5. Conclusão**

Nesse contexto, percebe-se que, embora os fundamentos de instituição do Tribunal do Júri tenham estreita relação com a ideia de democracia, nos moldes adotados pela nossa legislação pátria, apresenta-se marcado por intenso subjetivismo, possuindo traços inquisitórios que devem ser superados.

As diversas tendências de julgamento verificadas no júri, de acordo com critérios subjetivos, fazem com que a justiça da decisão seja comprometida, carecendo de uma análise que se atenha aos fatos praticados, não se considerando características pessoais do infrator, ideias preconcebidas ou influências externas, que acabam dando margem ao arbítrio judiciário.

Assim, deve-se buscar o aperfeiçoamento do atual funcionamento do Tribunal Popular, com a conseqüente superação dos vícios apontados, por constituírem limites ao caráter democrático desta Instituição.

## 6. Referências

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESTEVES, Normanda Lizandra Lima. *Linguagem do tribunal do júri: uma questão de ética da alteridade*. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/linguagem-no-tribunal-do-juri-uma-questao-de-etica-da-alteridade>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

GÓES, Luciano. *A subjetividade nos julgamentos do tribunal do júri como seletividade penal*, 2013. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Ar-subjetividade-nos-julgamentos-do-juri.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

HASSUMI, Gustavo Seiji Miatelo. *O tribunal do júri como legitimador do poder inquisitorial: desmistificando uma instituição aparentemente democrática*. 2008. 83 f. Monografia (Graduação em Direito)–Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Júri popular: posição contrária*, 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/juri-popular-posicao-contraria/5538>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 12. ed. rev. e atual. até maio de 2001. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Allan Aparecido Gonçalves. *A arte do convencimento e o tribunal do júri*. 2007. 63 f. Monografia (Graduação)–Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2007.

PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view-File/116/108>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. A influência da mídia nas decisões do Conselho de Sentença. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 33-39, jul./dez. 2008.

RANGEL, Paulo. *A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do conselho de sentença no tribunal do júri brasileiro*. 2005. 157 f. Tese (Doutorado)–Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2619/1/paulorangel.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. *Persecução penal democrática*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2010.

SAAD, Marta. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 842, p. 413-436, dez. 2005.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

VAINSENCER, Semira Adler; FARIAS, Ângela Simões de. *Condenar ou absolver: a tendência do júri popular*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Artigo recebido em: 20/03/2015.

Artigo aprovado em: 09/02/2017.

DOI:







259 - 283

Artigo

**A CONSTITUCIONALIDADE DA  
MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
INOCÊNCIA PELO STF**

LUCIANA DE OLIVEIRA BOTTOSSO



# A CONSTITUCIONALIDADE DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PELO STF

CONSTITUTIONALITY OF THE MITIGATION OF INNOCENCE PRINCIPLE  
ACCORDING TO BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

LUCIANA DE OLIVEIRA BOTTOSSO

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

lbottosso@mpmg.mp.br

**RESUMO:** Este trabalho tem por escopo demonstrar que a mudança do precedente do Supremo Tribunal Federal, contido na decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, que autorizou a execução provisória da pena a partir da confirmação da sentença condenatória em segunda instância, não representou afronta ao Princípio da Presunção de Inocência, mas um avanço quanto à aplicação desse princípio, tendo em vista outros direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição da República. Por meio do estudo dos fundamentos contidos nos votos do citado acórdão, referencial teórico do presente trabalho, e de uma pesquisa bibliográfica, buscou-se apontar que a Suprema Corte limitou o alcance do aludido Princípio fundamentada nas normas de interpretação constitucional, notadamente nos princípios da Proporcionalidade e da Unidade da Constituição bem como no preceito de que nenhum direito fundamental é absoluto. Conclui-se que a decisão constituiu uma mutação constitucional que harmonizou o Princípio da Presunção de Inocência com várias outras garantias constitucionais, representando verdadeira evolução em prol da efetividade da jurisdição penal, o que afasta fundamentos contrários à quebra do paradigma anterior, baseados apenas na salvaguarda do princípio da segurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** mitigação do princípio da presunção de inocência; execução provisória da pena; proporcionalidade; mutação constitucional; avanço.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to demonstrate that the change in the precedent of the Brazilian Supreme Court, contained in the Habeas Corpus decision No. 126,292/SP which authorized the provisional execution of the sentence after the conviction confirmation at court of second instance, did not represent an affront to the Presumption of Innocence Principle in view of other fundamental rights and guarantees protected by the Constitution of the Republic. By means of the study of the foundations contained in the votes of the mentioned court decision, that is the theoretical reference of the present work, and of a bibliographical research, it was intended to point out that the Supreme Court limited the purview of the mentioned principle based on the norms of constitutional interpretation, notably in the proportionality and unity principles of the Constitution as well as in the precept that no fundamental right is absolute. It is concluded that the decision constituted a constitutional change that harmonized the Presumption of Innocence Principle with several other constitutional guarantees, representing true evolution in favor of the effectiveness of the criminal jurisdiction, which removes opposed foundations to the previous paradigm breakdown, based only on the safeguard of the Legal Security Principle.

**KEY WORDS:** mitigation of the presumption of innocence principle; provisional execution of sentence; proportionality; constitutional mutation; progress.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Princípio da Presunção de Inocência e a necessidade de delimitação de seu alcance. 3. A possibilidade de limitação dos direitos fundamentais. 4. A mutação constitucional do Princípio da Presunção de Inocência. 5- Os princípios conflitantes com o princípio da Presunção da Inocência. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. Introdução

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº. 126292, proferiu acórdão que modificou o seu precedente acerca da execução provisória da pena; permitiu-a a partir do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação.

Desde 2009, a Suprema Corte tinha o entendimento consolidado de que a execução da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, violava o Princípio da Presunção de Inocência, consagrado como direito fundamental, no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Entretanto, por meio do citado acórdão, houve a ruptura do paradigma anterior em direção diametralmente oposta; passou o STF a autorizar a execução provisória da pena após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, sob o fundamento, segundo o voto vencedor do Ministro Relator Teori Zavascki, de que é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade do exame dos fatos e das provas, fixando-se a responsabilidade penal do acusado.

Além disso, não sendo possível o conhecimento de matéria fática nos recursos extraordinários e não tendo estes efeito suspensivo, a Suprema Corte considerou satisfeito o duplo grau de jurisdição quando findo o recurso na segunda instância; autorizou, dessa forma, a limitação do

**Princípio da Presunção de Inocência em prol da efetividade da função jurisdicional.**

A decisão acima gerou grande polêmica entre os doutrinadores e aplicadores do direito, notadamente quanto à argumentação de que ela representou retrocesso e ameaça ao Estado Democrático de Direito, por patente violação ao Princípio da Presunção de Inocência – direito fundamental dos cidadãos.

Todavia, há uma parte da doutrina que considera que a decisão proferida no HC nº. 126292 é revolucionária, uma vez que não elimina o Princípio em questão, mas apenas limita o seu âmbito de incidência, bem como o compatibiliza com outros direitos fundamentais resguardados pela Constituição, atendendo aos anseios de justiça da sociedade.

Nesses termos, o objetivo deste estudo é demonstrar, apresentando resumidamente os fundamentos utilizados no acórdão e outros entendimentos doutrinários, que o novo entendimento do STF sobre a execução provisória da pena está em consonância com a Constituição Federal e representa um avanço quanto à efetividade da jurisdição penal.

## **2. O Princípio da Presunção de Inocência e a necessidade de delimitação de seu alcance**

O Princípio da Presunção de Inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República e estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

A Lei Maior o erigiu como um direito fundamental do qual se pode extrair que cabe ao acusador a prova da culpabi-

lidade e não ao acusado o ônus dessa prova; por isso ele também é denominado de Princípio da Não Culpabilidade.

Segundo Nabuco Filho (2010, p. 94), o Princípio sob análise estabelece que alguém somente pode ser considerado culpado pela prática de uma infração penal após um processo em que tenha ocorrido um debate dialético, no qual a acusação demonstra a culpa e a defesa, a fragilidade dos argumentos da acusação.

Fernando Capez assim o define:

O princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos: na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado, quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento ao acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória. (CAPEZ, 2011, p. 44).

Verifica-se que, embora a Constituição Federal condicione o conceito do Princípio da Presunção de Inocência ao trânsito em julgado da decisão condenatória, o seu núcleo, na verdade, está atrelado ao ônus da prova da culpa bem como ao direito do acusado de ser processado com as garantias do devido processo legal, no qual lhe sejam assegurados os princípios que dele decorrem: do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, do contraditório, da ampla defesa, etc.

O Princípio em questão também está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como

Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º. 678, de 6 de novembro de 1992.

O referido diploma legal estabelece, em seu artigo 8º, item 2, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa [...]”. Determina, outrossim, na alínea “h” do mesmo dispositivo, como garantia mínima a ser observada no processo, entre outras, o duplo grau de jurisdição, uma vez que afirma que o acusado tem “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (BRASIL, 1992).

Depreende-se da leitura dos dispositivos legais acima que o Pacto de San José da Costa Rica limita a extensão do Princípio da Presunção de Inocência até o momento em que a culpa do acusado é aferida por meio do esgotamento da análise fático-probatória do processo, que ocorre com a prolação da decisão em segunda instância.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima afirma:

[...] a Convenção Americana de Direitos Humanos não exige o trânsito em julgado, mas, sim, a comprovação da culpa para ser afastada a dita presunção de inocência. Por meio de uma interpretação sistemática, extrai-se que restaria comprovada a culpa após o exercício do duplo grau de jurisdição. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, exige o trânsito em julgado da condenação para o afastamento da presunção de não culpabilidade. (LIMA, 2015, p. 101).

O trecho do voto do Ministro Relator do acórdão do HC n.º 126292, Teori Zavascki, demonstra que a decisão contida no referido acórdão considerou a limitação contida no Pacto de San José da Costa Rica, *in verbis*:



Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (BRASIL, 2016).

Ademais, em nenhum momento, o Pacto de San José da Costa Rica garante ao acusado recurso ao terceiro ou ao quarto grau de jurisdição, os quais corresponderiam aos recursos Especial e Extraordinário, uma vez que estes se limitam a resguardar as normas federais e constitucionais, respectivamente, e não casos específicos, que demandam análise de fatos e de provas.

Nos termos do trecho do voto acima, é cediço que os recursos extraordinários (Especial e Extraordinário), embora estejam ao alcance das partes, efetivamente tutelam apenas o direito federal, uma vez que prestam somente ao reexame da matéria de direito (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2008, p. 163). Não possuem, além disso, efeito suspensivo.

Esses recursos, pois, não podem ser utilizados como forma de manter o acusado em liberdade ou livre, de alguma forma, dos efeitos da condenação, sob o ônus de enfraquecer os julgados das instâncias ordinárias, nos quais há a análise pormenorizada do caso.

Impende destacar, outrossim, que o Princípio da Presunção de Inocência, conforme previsto no Pacto de San José da Costa Rica, não está em consonância com a literalidade do texto transcrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, que também prescreve o Princípio sob análise.

Embora haja uma discussão acerca do *status* da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação à Constituição da República, é possível, mediante interpretação da Suprema Corte, a derrogação da norma contida na Lei Maior para adequar o dispositivo desta ao que dispõe o tratado de direitos humanos internacional. Isso ocorreu, por exemplo, quando da análise pelo STF da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, considerando-se as disposições trazidas pelo Pacto de San José da Costa Rica, no que concerne a esse tema.

Leonardo Magalhães, analisando a decisão do STF quanto à possibilidade ou não da prisão do depositário infiel, elucidou, com propriedade, a decisão tomada pela Suprema Corte. Para tanto, explicou o *status* concedido ao Pacto de San José da Costa Rica:

Para Campos (1.991), dizer que uma norma tem a mesma hierarquia das normas constitucionais, ou seja, dizer que os tratados de proteção aos direitos humanos têm hierarquia constitucional, não significa dizer que estão eles dentro da Constituição, mas sim que pertencem ao bloco de constitucionalidade.

Por outro lado, admitir a derrogação da Carta de 1.988, por mutação constitucional, certamente, acarretará numa mudança radical do paradigma de constituição. Isto é, o STF estará pontificando que há normas materialmente constitucionais, fora do texto escrito da Constituição. Essa alteração dos contornos e limites constitucionais, no entanto, deve

ser conduzida de forma gradual e circunspecta, sob o risco de enfraquecimento da eficácia e da força normativa da Constituição, adverte Bonavides (2.006) [...]

Portanto, o melhor caminho a [sic] seria viabilizar a derrogação da Constituição na parte que trata da prisão civil do depositário infiel.

No entanto, para os que ainda se encontram arraigados ao formalismo constitucional, essa norma internacional não teria fundamento de validade na CR/1.988, motivo pelo qual deveria ser encarada como inconstitucional e, como tal, extirpada do ordenamento jurídico pátrio. Enfatize-se que tal solução não deve prosperar.

Enfim, o Pacto de São José da Costa Rica, pela sua característica primordial de proteção aos direitos humanos, deveria ser erigido a status constitucional, inobstante as inovações trazidas pela E.C. 45/04. Ora, se é princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos e se tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, as três vertentes de proteção extraídas do art. 5º, § 2º, quais sejam: a) os direitos e garantias fundamentais expressos no texto da CR/1.988; b) os direitos e garantias decorrentes dos princípios e do regime constitucional e, por fim, c) os direitos e garantias oriundos dos tratados, dos quais o Brasil seja parte – estariam a autorizar a integração do Pacto ao direito pátrio como norma materialmente constitucional. (MAGALHÃES, 2013).

Assim, na decisão proferida no HC nº. 126292, a Suprema Corte não legislou em substituição ao Poder Judiciário, abolindo o Princípio da Presunção de Inocência, como muitos doutrinadores vêm argumentando. O que ela fez foi apenas rever seu precedente quanto à extensão desse Princípio, derogando a parte do dispositivo do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início da execução da pena, adequando-o ao que dispõe a Convenção

Americana de Direito Humanos e aos demais princípios contidos na Lei Maior.

### **3. A possibilidade de limitação dos direitos fundamentais**

Além de não representar violação ao Princípio da Presunção de Inocência, a decisão sob análise está legitimada pela possibilidade de restrição de qualquer direito fundamental, enquanto princípios constitucionais, quando há colisão entre algum deles.

Alexandre de Moraes (2003, p. 61) afirma que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”.

A Constituição da República, fundada em um Estado Democrático de Direito, assegura várias gerações de direitos fundamentais, os quais, muitas vezes, considerando a diversidade de suas dimensões e, portanto, dos bens a serem tutelados, entram em tensão; deve assim o julgador sopesar qual princípio terá relevância em determinado caso.

Nessas hipóteses, diferentemente do que ocorre com as regras, um princípio não exclui o outro, mas apenas há uma preponderância de um sobre o outro, conforme a clássica lição de Robert Alexy:

Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando, segundo um princípio, algo está proibido e, segundo outro, está permitido –, um dos princípios tem que ceder ante o outro. Porém, isto não significa declarar inválido o princípio afastado, nem que, no princípio afastado, se deva introduzir uma cláusula

de exceção. Mais propriamente, o que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que predomina o princípio com maior peso. Os conflitos de regras, se concluem na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípio válidos – tem lugar mais adiante do que o da dimensão da validade: na dimensão do peso. (ALEXY, 2001, p. 89 apud FEITOZA, 2008, p. 9).

A ponderação dos princípios constitucionais deve estar pautada no Princípio da Proporcionalidade, o qual foi erigido ao *status* constitucional – embora não escrito na Lei Maior; funciona não só como limitador das leis e dos atos normativos que restringem direitos fundamentais, mas como balizador da atuação do Poder Estatal para a garantia desses direitos, embasado, sobretudo, na máxima que estabelece a vedação à proteção deficiente dos bens constitucionalmente tutelados.

Inocência Mártires Coelho, citando Karl Larenz, descreve o princípio acima:

[...] utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, substancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra

de interpretação para todo o ordenamento jurídico (IARENZ apud COELHO, 2007, p. 109).

Depreende-se que o Princípio da Proporcionalidade é o principal meio interpretativo empregado quando há a colisão de direitos fundamentais. Afinal, é através dele que se pode estabelecer a máxima efetividade de um em detrimento da restrição do outro, sempre com fundamento na necessidade e na adequação da medida, tendo-se como substrato, outrossim, a ideia de justiça, equidade, bom senso, entre outros.

Quanto à possibilidade de mitigação do Princípio da não Culpabilidade, a própria Constituição da República, em seu art. 5º, inc. LXI, que dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988), estabelece a possibilidade de relativização desse Princípio ao autorizar a prisão cautelar do agente em decorrência do flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. A última hipótese fundamenta a possibilidade das prisões preventiva e temporária.

É certo que as prisões cautelares são excepcionais e processuais, não se confundindo com a prisão decorrente de uma condenação. Entretanto, elas geram as mesmas consequências para o acusado: a restrição de sua liberdade, não sendo passível de retorno ao *status quo ante* quanto à eventual violação desse direito do indivíduo.

Todavia, a constitucionalidade dessas prisões é inquestionável, mesmo sendo autorizadas por normas infraconsti-

tucionais, exatamente pela ponderação que se faz entre a necessidade de restrição da liberdade do indivíduo e a de se resguardar a segurança da coletividade e a efetividade do processo penal, considerando-se esta solução como a mais justa.

Assim, pelas mesmas razões acima e tendo-se em vista a necessidade de limitação do alcance do Princípio da Presunção de Inocência, é um contrassenso não reconhecer a necessidade de relativização desse Princípio quando já foi conhecida a culpabilidade do agente no âmbito da análise das questões fáticas do processo bem como quando a sua aplicação literal conflita com vários outros princípios constitucionais.

Nesse sentido, colaciono os ensinamentos de Marcelo Cunha de Araújo:

[...] não há sentido jurídico, segundo as modernas teorias do discurso, na aplicação equânime do princípio da presunção da inocência ao réu que se encontre com investigações em estágio inicial e a outro com denúncia já oferecida pelo Ministério Público. A necessidade de mitigação do princípio mostra-se claramente quando um órgão jurisdicional isento se pronuncia pela culpabilidade do agente e pela necessidade de aplicação de pena (sentença condenatória pelo juiz de primeira instância). Com ainda muito mais propriedade, quando uma decisão do Tribunal Estadual é proferida no sentido da condenação do réu, o princípio da inocência deve ir perdendo aquela força inicial que existia antes do pronunciamento de tantos servidores públicos imparciais que por sua interpretação, atestam que o acusado é inocente. (ARAÚJO, 2010, p. 15).

A mitigação do Princípio da não Culpabilidade nos termos acima está em consonância com a ponderação imprescindível que deve ser realizada, uma vez que a sua aplicação

de forma dogmática restringe vários direitos fundamentais, conforme posteriormente será demonstrado.

#### **4. A mutação constitucional do Princípio da Presunção de Inocência**

A aplicação literal do Princípio da Presunção de Inocência – com a espera do trânsito em julgado da decisão para que seja iniciada a execução da pena – transforma-o em uma regra, impossibilitando a sua interpretação de forma razoável, o que é incompatível com a atual sistemática constitucional.

Com efeito, sem as ponderações agora realizadas pela Suprema Corte, o emprego do Princípio em questão é gerador de notório descrédito da sociedade relativamente à jurisdição penal e da impunidade do acusado, uma vez que lhe permite a interposição de vários recursos em liberdade – quando não presentes os requisitos para a prisão preventiva – até as instâncias extraordinárias, o que, muitas vezes, culmina com a prescrição do crime sem a respectiva sanção.

Tais fatos são violadores de direitos e garantias fundamentais da vítima e da sociedade e representam a aplicação demasiada de um princípio, cabível somente em benefício dos acusados, em prejuízo dos demais princípios constitucionais que resguardam toda a coletividade, o que configura verdadeira cláusula de exceção desses princípios.

Por isso, era mister uma nova interpretação do Princípio da Presunção de Inocência, com base no Princípio da Proporcionalidade e no princípio de interpretação constitucional da Concordância Prática ou Harmonização, o qual estabelece a necessidade de coexistência de forma harmônica dos princípios constitucionais, sem a hierarquia de um sobre o



outro; assegura, da mesma forma, a regra interpretativa da unidade da Constituição.

Canotilho (1998, p. 1150), apresenta a definição do princípio da concordância prática:

[...] o campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.

Nesses termos, o acórdão proferido no HC nº. 126292 utilizou-se da aplicação das normas de interpretação acima, realizando uma análise constitucional do Princípio da Presunção de Inocência, com o fim de compatibilizar a sua aplicação com os outros princípios e bens jurídicos tutelados pela Constituição da República, adequando-o, outrossim, ao anseio social acerca da efetividade do processo penal, como verdadeiro sinônimo de justiça, consubstanciada na possibilidade de efetiva punição do acusado que já teve a sua culpa confirmada na segunda instância.

Releva destacar que o argumento acerca da proibição da relativização do Princípio da Presunção de Inocência fundamentado na impossibilidade de “sopesamento de interesses de densidade distinta, sob pena de se tornar possível a violação de qualquer interesse individual mediante a desculpa retórica de se estar protegendo ‘o interesse público’, a ‘segurança de todos’ ou mesmo ‘combatendo a corrup-

ção” (CASARA, 2015), *data venia*, é despido de uma fundamentação consistente.

Em primeiro lugar, é cediço que as normas somente existem mediante uma interpretação do exegeta, a qual é impossível de ser realizada sem a influência dos aspectos históricos e das realidades sociais, econômicas e políticas do Estado em determinada época, notadamente quanto às normas constitucionais que possuem natureza principiológica.

Esse fato garante o caráter dinâmico do Direito e a sua adequação às demandas sociais, evitando o engessamento deste, ante as formalidades que envolvem um processo legislativo, especialmente para se alterarem os dispositivos da Constituição Federal, ante a sua rigidez.

Dessa forma, por meio da interpretação pela Suprema Corte da norma constitucional, é possível delimitar o alcance desta, adequando o seu sentido aos novos valores sociais, sem a necessidade de uma alteração literal do texto. A esse fenômeno dá-se o nome de Mutação Constitucional, cuja possibilidade é inconteste no ordenamento jurídico.

O Ministro Luís Roberto Barroso, citando sua obra em seu voto no acórdão do HC n.º. 126292, quanto ao tema, afirma:

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.

[...] A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser.

[...] A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro. (BARROSO, 2015, p. 135-136).

Nesses termos, a mutação constitucional realizada pela Suprema Corte relativamente ao Princípio da Presunção de Inocência atendeu aos atuais valores sociais, que, considerando a crescente criminalidade e os diversos casos de impunidade, clamam pela realização de justiça e pela efetivação da segurança pública.

Além disso, a efetividade da jurisdição criminal reflete na proteção de vários bens jurídicos individuais assegurados pela Constituição da República; a aplicação literal do Princípio da Não Culpabilidade implica, outrossim, a violação de interesses individuais da vítima, legitimando a relativização do Princípio em questão, conforme será demonstrado adiante.

## **5. Os princípios conflitantes com o princípio da Presunção da Inocência**

A aplicação do antigo precedente da Suprema Corte sobre o Princípio da Inocência – como uma regra – gera uma verdadeira seletividade penal, uma vez que somente os acusados

que possuem favoráveis condições financeiras podem interpor recursos – na maioria das vezes protelatórios –, com o fim de estender o curso do processo penal até a última instância sem a execução de sua condenação.

Ao esclarecer os fundamentos para o novo entendimento, o Ministro Luís Roberto Barroso assim afirmou em seu voto no acórdão do HC n.º. 126292:

Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. (BRASIL, 2016).

Ressalte-se que a seletividade penal representa grave ofensa ao princípio da igualdade, direito fundamental estabelecido no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]” (BRASIL, 1988).

Como é cediço, a isonomia assegurada pela Lei Maior depende de ações do Poder Público que garantam uma igualdade substancial e não apenas formal. O Princípio da Não Culpabilidade, como interpretado anteriormente, faz essa igualdade se tornar letra morta, tendo-se em vista que a execução da pena, como é notório em nosso país, ocorre, na maioria esmagadora dos casos, quando o réu é pobre.

Da mesma forma, as reiteradas interposições de recursos protelatórios, com o escopo de salvaguardar a liberdade do acusado até a última instância, com base no Princípio da Presunção de Inocência, acarreta o prolongamento desnecessário do processo, afrontando o Princípio da Duração Razoável do Processo, também conhecido como Princípio da Celeridade, estabelecido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Lei Maior.

Necessário destacar que o Princípio da Celeridade deve ser aplicado não somente sob a perspectiva do acusado – como é o Princípio da Não Culpabilidade –, mas, do mesmo modo, sob a ótica da vítima e de seus familiares, uma vez que ela também é sujeito de direitos no processo, tendo-se em vista a sua pretensão de ver o réu devidamente punido e de ter os eventuais prejuízos decorrentes do crime reparados; possui, pois, o direito de usufruir de todos os princípios do processo penal.

Flaviane Magalhães de Barros muito bem expõe sobre os direitos da vítima no processo penal:

[...] a compreensão constitucionalmente adequada da participação da vítima no processo penal não decorre tão-somente de seu direito à reparação do dano, mas também das garantias processuais da vítima em virtude do devido processo legal que determina a reconstrução fática do fato ilícito deduzido na denúncia, que compreende uma posição diferente e mais ampla da definida a partir do seu papel como agente colaborador da acusação pública. Assim, segundo uma interpretação constitucionalmente adequada, pode a vítima, quando participar do processo como ‘meio de prova’, ter os mesmos direitos individuais garantidos ao acusado, já que se encontram em situação uníssona, pois ambos participaram da conduta ilícita. Assim, tem a vítima direito de não produzir prova contra si mesmo, direito ao silêncio

e direito de intimidade, que impede que ela seja obrigada a submeter-se a qualquer tipo de constrangimento, tornando a prova produzida nestes moldes ilícita, conforme o princípio constitucional de proibição de prova ilícita. Ademais, os ‘poderes’ do assistente, definidos no art. 271 do Código de Processo Penal, não podem ser compreendidos como constitucionais, pois a vítima é parte contraditora. Portanto, tem direitos, faculdade, deveres e ônus, podendo, assim, propor meios de prova, participar de todos os atos processuais realizados em contraditório, como debates orais e alegações finais, e, por fim, recorrer da decisão do juiz que se difere da sua auto compreensão do fato, seja por meio de recurso em sentido estrito, seja por meio de apelação ou outro recurso cabível. Contudo, para que a participação em contraditório no processo penal seja garantida à vítima, deve ser-lhe garantido o direito à informação, devendo a mesma ser intimada do início do processo, bem como da decisão final. (BARROS, 2008, p. 95).

Nesses termos, a vítima e seus familiares também têm o direito fundamental de ver a sua pretensão ser satisfeita em um tempo razoável. A aplicação do Princípio da Presunção de Inocência, sem a mutação constitucional realizada pela Suprema Corte, constitui verdadeiro entrave à solução do conflito em um tempo razoável e, muitas vezes, à efetividade da jurisdição penal.

Esse embaraço não só viola o Princípio da Celeridade, mas também outros direitos fundamentais decorrentes dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e pela Constituição da República, notadamente, aqueles bens protegidos indiretamente pela efetiva aplicação da pena.

Deveras, quando a sociedade deixa de visualizar concretamente uma resposta ao crime – quando ocorre morosidade no processamento do feito –, deturpam-se as funções de

prevenção geral e especial da pena, propiciando um aumento da criminalidade e, por consequência, da transgressão dos bens jurídicos acima citados.

**Luiz Régis Prado demonstra a importância das funções da pena para a proteção dos bens jurídicos sob análise:**

Em síntese: a justificativa da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social - *ultima ratio legis*, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobre tudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. [...] O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa. (PRADO, 2005, p. 567).

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no HC nº. 126292, com muita propriedade, fez a correlação existente entre a proteção dos direitos tutelados pela lei penal e a necessidade de aplicação eficiente desta. Para tanto, assim afirmou:

De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à proprieda-

de), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança).

Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros. (BRASIL, 2016).

Há, pois, sucessivas violações de princípios constitucionais com a aplicação do Princípio da Não Culpabilidade como uma regra, o que ocasiona o descrédito social e a falta de efetividade da jurisdição penal, infringindo, por consequência, direitos fundamentais da vítima e de toda a sociedade.

Além disso, a morosidade do processo, com a evidente vulnerabilidade de aplicação da pena, evidencia a falha na prestação jurisdicional do Estado como o detentor da pretensão punitiva, transcendendo o âmbito de violações de direitos da vítima e do réu e atingindo todo o corpo social.

Essa demora representa verdadeira negação da justiça e, por isso, transgressão ao Princípio do Acesso à Justiça, relativamente ao direito de todos poderem obter uma adequada tutela jurisdicional.

A justiça tardia gera negação da justiça. Trata-se de verdadeira violação do direito fundamental de acesso à justiça. No processo penal, em especial, a negação de efetividade da prestação jurisdicional ocorrerá em razão do envelheci-



mento e conseqüente enfraquecimento das provas do processo, bem como da extinção da ação em face do evento da prescrição [...]

A existência de dilações indevidas no processo penal retira do mesmo sua finalidade. A resposta punitiva do estado é falha tanto para o réu quanto para a sociedade, na medida em que a pena tardia será, relativamente à análise de culpabilidade, desproporcional ou ineficiente. Ainda, vemos ineficácia nas funções de prevenção geral e específica da pena. Como dito, a ineficiência traduz-se em verdadeira negação à tutela jurisdicional penal. (MACHADO, 2009).

Assim, deduz-se que o Princípio da Presunção de Inocência, aplicado com base no antigo precedente do STF, infringe os princípios constitucionais da Igualdade, da Duração Razoável do Processo e do Acesso à Justiça bem como a proteção do direito à vida, à segurança e à propriedade.

## **6. Conclusão**

A decisão proferida no HC nº. 126292 constitui uma mutação constitucional legitimada nas normas de interpretação da Constituição Federal, na qual houve um verdadeiro avanço quanto à aplicação do Princípio da Presunção de Inocência.

As normas constitucionais, como todas as outras regras, não são estáticas e, por isso, o STF, levando em consideração o índice da criminalidade do país e do decurso do tempo até a efetiva execução da condenação, estabeleceu uma limitação ao Princípio em questão em prol da vítima, de seus familiares e de toda a sociedade.

Não há que se cogitar em um retrocesso por suposta infringência do modelo garantista da Constituição Federal, com

fundamento na manutenção do Estado Democrático de Direito e no Princípio da Segurança Jurídica, uma vez que houve a reinterpretação de uma norma – Princípio da Presunção da Inocência – que protege somente os que estão sendo processados por um crime em detrimento dos direitos e garantias de uma maioria – vítima e sociedade.

Houve uma ponderação de princípios – com base no Princípio da Proporcionalidade – na qual o Princípio da Não Culpariedade foi relativizado em benefício dos princípios da Igualdade, da Duração Razoável do Processo, do Acesso à Justiça e de outros direitos fundamentais tutelados pela Lei Maior, como a vida, a segurança e a propriedade; isto configura efetiva realização da justiça.

Além disso, na prática, o condenado à execução da pena a partir da sentença condenatória confirmada em segunda instância, caso demonstre os requisitos necessários, terá outros meios de resguardar a sua liberdade, como o *habeas corpus*, por exemplo, o que corrobora a razoabilidade da limitação do Princípio da Presunção de Inocência.

## 7. Referências

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 2011. In: FEITOZA, Denilson. *Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica*. Niterói: Impetus, 2008.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer: impunidade ineficiência do Sistema Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A Participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº. 126292. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. *DJe*, 17 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em 26 jan. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASARA, Rubens. Relativização da Presunção de Inocência: sintoma de uma cultura autoritária. *Justificando: mentes inquietas pensam Direito*, São Paulo, 26 set. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/26/relativizacao-da-presuncao-de-inocencia-sintoma-de-uma-cultura-autoritaria/>> Acesso em: 10 fev. 2017.

COELHO, Inocêncio Mártire. *Interpretação constitucional*. 3 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Andréa de Almeida. *A duração razoável do processo penal: direito do réu, da vítima e da sociedade*. Trabalho de Conclusão do Curso (Especialização)–Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/prazo-razoavel-do-processo.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

MAGALHÃES, Leonardo Cardoso de. Status das normas internacionais de direitos humanos e o Pacto de São José da Costa Rica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3607, 17 maio 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24454>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

NABUCO FILHO, José. Importância da presunção de inocência. *Revista Jurídica Visão Jurídica*, São Paulo, v. 1, n. 54, out. 2010.

PRADO, Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

Artigo recebido em: 23/02/2017.

Artigo aprovado em: 22/03/2017.

DOI:

